

payé ce qu'il ne devoit pas, et par conséquent *locus est conditioni indebiti*; l. 32, §. 3, ff. *de cond. indeb.*

Sur l'indivisibilité de paiement des obligations d'un certain genre, voyez infra, *part. 3, chap. 1, art. 6, §. 3.*

287. Soit que l'obligation soit *generis generalissimi*, comme lorsque quelqu'un s'est obligé de donner un cheval en général, soit que l'obligation soit *generis subalterni*, aut *generis limitati*, comme lorsque quelqu'un s'est obligé de donner un de ses chevaux, tout ce que nous avons dit jusqu'à présent a lieu, pourvu que la convention ne contienne aucune clause qui ôte le choix au débiteur.

Mais lorsque, par une clause particulière de la convention, le choix est accordé au créancier; comme lorsque quelqu'un s'est obligé envers moi de me donner un des chiens de sa meute à mon choix; en ce cas, quoique cette convention renferme principalement l'obligation pure et simple d'un chien indéterminé, néanmoins on peut dire aussi qu'en vertu de la clause qui m'accorde le choix, chacun des chiens de la meute du débiteur m'est dû, sous une espèce de condition, au cas que je le choisisse, puisqu'en vertu de cette clause, il n'y en a aucun que je n'aie droit d'exiger. C'est pourquoi le débiteur est en ce cas obligé de me les conserver tous jusqu'à ce que j'aie fait mon choix; il ne peut, jusqu'à ce temps, sans contrevenir à son obligation, disposer d'aucuns; art. 3, ff. *qui et à quib. man. Si indistinctè homo sit legatus, non potest heres, quosdam manumittendo, evertere jus electionis; nam quodam modo singuli sub conditione legati videntur.*

On ne peut pas dire de même, lorsque le débiteur a le choix, que chaque individu est compris dans l'obligation, au cas que le débiteur choisisse de le donner plutôt que les autres : car ce n'est pas dans la faculté de payer une chose plutôt que d'autres, mais dans le droit de l'exiger, que consiste l'obligation. C'est la différence qu'établit Dumoulin, *tract. de div. et indiv.* p. 2, n. 112, 113, 114, entre le cas auquel le choix est donné au créancier, et le cas auquel il est donné au débiteur.

SECTION II

Des obligations dividuelles et des obligations individuelles.

ARTICLE PREMIER.

Quelles obligations sont dividuelles, et quelles obligations sont individuelles.

§. I. Qu'est-ce qu'une obligation dividuelle et une obligation individuelle.

288. Une obligation dividuelle est celle qui peut se diviser. Une obligation individuelle est celle qui ne peut se diviser. Une obligation n'en est pas moins dividuelle, quoiqu'elle soit actuellement indivisée; car il suffit, pour qu'elle soit dividuelle, qu'elle puisse se diviser; Molin, *tract. de div. et indiv.*, p. 3, n. 7 et seq.

Par exemple, lorsque j'ai contracté seul envers vous l'obligation de vous payer une somme de mille écus, cette obligation est indivisée; mais elle est dividuelle,

On ne peut pas dire de même, lorsque le débiteur a le choix, que chaque individu est compris dans l'obligation, au cas que le débiteur choisisse de le donner plutôt que les autres : car ce n'est pas dans la faculté de payer une chose plutôt que d'autres, mais dans le droit de l'exiger, que consiste l'obligation. C'est la différence qu'établit Dumoulin, *tract. de div. et indiv.* p. 2, n. 112, 113, 114, entre le cas auquel le choix est donné au créancier, et le cas auquel il est donné au débiteur.

SECTION II

Des obligations dividuelles et des obligations individuelles.

ARTICLE PREMIER.

Quelles obligations sont dividuelles, et quelles obligations sont individuelles.

§. I. Qu'est-ce qu'une obligation dividuelle et une obligation individuelle.

288. Une obligation dividuelle est celle qui peut se diviser. Une obligation individuelle est celle qui ne peut se diviser. Une obligation n'en est pas moins dividuelle, quoiqu'elle soit actuellement indivisée; car il suffit, pour qu'elle soit dividuelle, qu'elle puisse se diviser; Molin, *tract. de div. et indiv.*, p. 3, n. 7 et seq.

Par exemple, lorsque j'ai contracté seul envers vous l'obligation de vous payer une somme de mille écus, cette obligation est indivisée; mais elle est dividuelle,

parcequ'elle peut se diviser, et qu'elle se divisera en effet entre mes héritiers, si j'en laisse plusieurs, et que je meure avant que de l'avoir acquittée.

Pareillement l'obligation solidaire que contractent plusieurs personnes de payer à quelqu'un une somme de dix écus, n'en est pas moins une obligation individuelle. L'effet de la solidité est qu'elle ne soit pas actuellement divisée entre les débiteurs solidaires : mais leur obligation n'en est pas moins une obligation individuelle, parcequ'elle peut se diviser, et qu'elle se divisera en effet entre leurs héritiers.

289. Il faut voir à présent quelles sont les obligations qui peuvent se diviser, et quelles sont celles qui ne le peuvent pas.

Une obligation peut se diviser et est individuelle, lorsque la chose due, qui en fait et la matière et l'objet, est susceptible de division et de parties pour lesquelles elle puisse être payée; et au contraire, l'obligation est individuelle et ne peut se diviser lorsque la chose due n'est pas susceptible de division et de parties, et ne peut être payée que pour le total.

La division dont il est ici question n'est pas la division physique qui consiste *in solutione continuitatis*, telle que celle d'une planche qu'on scie en deux; mais c'est une division *civile*, et propre au commerce des choses.

Il y a deux espèces de divisions civiles; l'une qui se fait en parties réelles et divisées, l'autre qui se fait en parties intellectuelles et indivisées. Lorsqu'on partage un arpent de terre en deux en plantant une borne au milieu, c'est une division de la première espèce : les

parties de cet arpent qui sont séparés l'une de l'autre par la borne sont des parties réelles et divisées.

Lorsqu'un homme qui étoit propriétaire de cet arpent de terre , ou de quelque autre chose , meurt , et laisse deux héritiers qui en demeurent propriétaires chacun pour une moitié indivisée , c'est une division de la seconde espèce. Les parties qui résultent de cette division , et qui appartiennent à chacun des héritiers , sont des parties indivises qui ne sont point réelles , et qui ne subsistent qu'*in jure et intellectu*.

Les choses qui ne sont pas susceptibles de la première espèce de division ne laissent pas de l'être de la seconde. Par exemple , un cheval , un plat d'argent , ne sont pas susceptibles de la première espèce de division ; car ces choses ne sont pas susceptibles , sans la destruction de leur substance , de parties réelles et divisées : mais elles sont susceptibles de la seconde espèce de division , parceque ces choses peuvent appartenir à plusieurs personnes pour une partie indivisée.

Il suffit qu'une chose soit susceptible de cette seconde division , quoiqu'elle ne le soit pas de la première , pour que l'obligation de donner cette chose soit une obligation divisible. C'est ce qui résulte de la loi 9 , §. 1 , ff. de solut. , où il est dit : *Qui Stichum debet , parte Stichi datá , in reliquam partem tenetur*. Suivant ce texte , l'obligation de donner l'esclave *Stichus* est une obligation divisible , puisqu'elle peut , au moins du consentement du créancier , s'acquitter pour partie , quoique cet esclave ne soit pas susceptible de la première division ; *Molin. , ibid. , p. 1 , n. 5 , p. 2 , n. 200 et 201*.

Les choses indivisibles sont celles qui ne sont sus-

ceptibles ni de parties réelles, ni même de parties intellectuelles; tels sont la plupart des droits de servitudes prédiales, *quæ pro parte acquiri non possunt*.

L'obligation de donner une chose de cette nature est une obligation indivisible; *Molin.*, p. 2, n. 201.

290. La même règle que nous venons d'exposer pour juger si les obligations *in dando* sont divisibles ou indivisibles, doit aussi servir à l'égard des obligations *in faciendo vel in non faciendo*. Plusieurs docteurs avoient pensé que ces obligations étoient indivisibles indistinctement : mais Dumoulin, *ibid.*, p. 2, n. 203 et seq., a démontré qu'elles n'étoient pas moins divisibles que les obligations *in dando*, à moins que le fait qui en est l'objet ne fût de nature à ne pouvoir s'acquitter par partie, comme lorsque je me suis obligé à bâtir une maison, etc. Mais si le fait qui est l'objet de l'obligation peut être acquitté par partie, comme si je me suis obligé à vous faire posséder une chose qui peut être possédée par parties, l'obligation sera divisible : c'est la cinquième des clefs de Dumoulin : *Omnis obligatio etiam facti dividua est, nisi quatenus de contrario apparet*; *Molin.*, *ibid.*, et p. 3, n. 112.

Pareillement l'obligation *in non faciendo* sera divisible lorsque ce que je me suis obligé de ne pas faire, peut se faire pour une partie, et ne pas se faire pour l'autre partie : telle est l'obligation *amplius non agi ad aliquid dividuum*; comme lorsque je me suis engagé envers vous à ne point inquiéter le possesseur d'un héritage à qui vous devez garantie : c'est une obligation *in non faciendo*, qui est divisible; car on y peut satisfaire pour partie. Je puis y contrevenir pour partie en

revendiquant une partie seulement de cet héritage, et y satisfaire en partie, en m'abstenant de revendiquer l'autre partie.

291. Observez que c'est la chose même ou le fait même qui fait l'objet de l'obligation, qu'on doit considérer pour décider si l'obligation est divisible ou indivisible, et non pas l'utilité qui revient au créancier de l'obligation contractée à son profit, ni le détriment, *onus et diminutio patrimonii*, qui en résulte pour le débiteur; autrement il n'y auroit aucune obligation qui ne fût divisible. C'est pourquoi, par exemple, si les deux propriétaires d'une maison se sont obligés envers les deux propriétaires de la maison voisine, d'imposer sur leur maison une servitude utile à la maison voisine, cette obligation est individuelle, parceque le droit de servitude qui en fait l'objet est quelque chose d'indivisible, quoique l'utilité qui en résulte pour chacun de ceux envers qui elle est contractée, et le détriment qu'en souffrent ceux qui l'ont contractée s'évalue à une somme qui est divisible. C'est ce qu'enseigne Dumoulin, *ibid. p. 2, n. 119*: *Cum hic effectus*, dit-il, *sit quid remotum et separatum à substantiâ obligationis et rei debitæ, non dicitur obligatio dividua vel individua penès effectum, sed secundum se et secundum naturam rei immediatè in eam deductæ.*

§. II. Des différentes espèces d'indivisibilité.

292. Dumoulin *ibid. p. 3, n. 57, et seq. et n. 75*, distingue fort bien trois espèces d'indivisibilité; celle qui est absolue. et qu'il appelle *individuum contractu*;

celle qu'il appelle indivisibilité d'obligation, *individuum obligatione*; et celle qu'il appelle indivisibilité de paiement, *individuum solutione*.

L'indivisibilité absolue, que Dumoulin appelle *individuum contractu*, est lorsqu'une chose est par sa nature non susceptible de parties, tellement qu'elle ne pourroit pas être stipulée ou promise pour partie : tels sont les droits de servitudes réelles, comme par exemple, un droit de passage. Il est impossible de concevoir des parties dans un droit de passage; et par conséquent on ne pourroit stipuler ni promettre ces sortes de choses pour partie.

293. La seconde indivisibilité est celle que Dumoulin appelle *individuum obligatione*. Tout ce qui est *individuum contractu*, l'est *obligatione*: mais il y a certaines choses qui, quoiqu'elles eussent pu absolument être stipulées ou promises pour partie, et par conséquent quoiqu'elles ne soient pas *individuae contractu*, néanmoins dans la manière dont elles ont été considérées par les parties contractantes, sont quelque chose d'indivisible, et qui ne peut par conséquent être dû par parties.

On peut apporter pour exemple de cette indivisibilité, l'obligation de la construction d'une maison, ou d'un bateau. Cette obligation n'est point indivisible *contractu*; car il n'est pas impossible qu'elles se contractent par partie. Je puis convenir avec un maçon qu'il me construira pour partie la maison que j'ai dessein de faire construire; *putà*, qu'il en élèvera les murs jusqu'au premier plancher. Mais quoique la construction d'une maison ne soit pas indivisible *contractu*, elle est ordinaire-

ment indivisible *obligatione* : car lorsque quelqu'un fait marché avec un architecte de lui construire une maison , la construction de la maison , qui fait l'objet de l'obligation , est , de la manière qu'elle est considérée par les parties contractantes , quelque chose d'indivisible , *et quod nullam recipit partium præstationem*. Il est vrai que cette construction ne peut se faire que par parties et successivement : mais ce n'est pas le fait passer de la construction qui fait l'objet de l'obligation ; c'est l'ouvrage même consommé ; c'est *domus construenda*. Ne pouvant donc y avoir de maison qu'elle n'ait été entièrement construite , la forme et qualité de maison ne pouvant résulter que de la consommation de l'ouvrage , et ne pouvant pas y avoir de parties de ce qui n'existe pas encore , il s'ensuit que l'obligation de construire une maison ne peut s'accomplir que par la construction entière de la maison , et conséquemment que cette obligation n'est pas susceptible de parties , et ne peut s'accomplir par parties : c'est ce que veut dire le jurisconsulte en la loi 80 , §. 1 , ff. *ad leg. Falcid.* en laquelle , pour prouver que l'obligation de construire un ouvrage , comme un théâtre , des bains , est individuelle , il rapporte cette raison : *Neque enim ullum balneum , aut theatrum , aut stadium fecisse intelligitur , qui ei propriam formam quæ ex consummatione contingit , non dederit.*

Par la même raison , il est dit en la loi 85 , §. 2 , ff. *de verb. oblig.* que l'obligation de la construction d'un ouvrage est individuelle : *Singuli heredes in solidum tenentur , quia operis effectus in partes scindi non potest.* *Opus* , dit Dumoulin , *fit pro parte realiter et*

naturaliter; sed si illud OPUS FIERI referas ad effectum et præstationem ejus quod debetur, tunc verum non erit per partes fieri, quia parte fabricæ factâ, non est debitor liberatus in eâ parte; simplex enim fabricatio et operatio transiens non debetur, sed opus effectum cujus pars non est, fabricæ pars, cum nullæ sint partes domûs quæ nondum est; nec sum stipulatus fabricam, sed fieri domum, id est tale opus sub tali formâ consummatum, quod ante perfectionem non subsistit, nec ullas actu partes habet; Molin., tract. de divid. et individ., p. 3, n. 76. On peut encore ici rapporter la loi, 5, ff. de verb. signif. qui dit que, opere locato conducto significari non ἔργον, id est operationem, sed ἀποτέλεσμα, id est ex opere facto corpus aliquod factum.

Certaines circonstances avec lesquelles est contractée l'obligation d'une chose, peuvent aussi en rendre l'obligation indivisible, quoique la chose en soi, et détachée de ces circonstances, soit très divisible. Telle est l'obligation que je contracterois envers quelqu'un de lui fournir une place de terre pour y construire un pressoir qu'il y entend placer : car quoique la place de terre que j'ai promise soit quelque chose en soi de divisible, néanmoins étant due, non comme une place de terre *simpliciter*, mais comme une place de terre destinée à placer un pressoir, elle devient sous cette vue quelque chose d'indivisible, parcequ'on n'en peut rien retrancher, sans qu'elle cesse d'être une place propre à placer un pressoir, et sans qu'elle cesse par conséquent d'être la chose qui fait l'objet de l'obligation; Molin. p. 2, n. 314.

294. En bref, l'obligation indivisible *naturâ et con-*

tractu, est l'obligation d'une chose qui en elle-même, par sa nature, et sous quelque espèce qu'on la considère, n'est pas susceptible de parties : l'obligation indivisible *obligatione*, est l'obligation d'une chose qui, considérée sous le respect sous lequel elle fait l'objet de l'obligation, n'est pas susceptible de parties.

Il est évident que ces obligations qui sont indivisibles, soit *contractu*, soit *obligatione*, le sont aussi *solutione*; car on ne peut payer par parties ce qui n'est pas susceptible de parties.

295. Il y a une troisième espèce d'indivisibilité qu'on appelle *individuum solutione tantum*.

C'est celle qui ne concerne que le paiement de l'obligation, et non l'obligation même, lorsque la chose due est par elle-même divisible et susceptible de parties, et peut être due pour parties, soit aux différents héritiers du créancier, soit par les différents héritiers du débiteur, mais ne peut être payée par parties.

Nous rapporterons plusieurs exemples de cette espèce d'indivisibilité en l'article suivant, où nous traiterons de la nature et des effets des obligations divisibles, à la classe desquelles appartiennent proprement les obligations dans lesquelles se rencontre cette espèce d'indivisibilité, puisqu'elle ne concerne pas l'obligation même, quoique néanmoins la loi 2, §. 1, ff. *de verb. oblig.* en fasse une troisième espèce mitoyenne entre les obligations dividualles et les individuelles.

§. III. Plusieurs espèces particulières d'obligations à l'égard desquelles on demande si elles sont divisibles ou indivisibles.

De l'obligation de livrer une pièce de terre.

296. L'obligation de livrer une pièce de terre, *fundum tradi*, est une obligation divisible; car cette tradition peut se faire par parties; on peut livrer une partie de cette pièce de terre. Le fait qui fait l'objet de cette obligation étant donc un fait divisible, on ne peut douter, selon les principes que nous avons établis, que cette obligation ne soit divisible. Notre décision se trouve confirmée par les textes de droit: car quoique l'obligation d'un *commodataire* soit l'obligation de remettre une chose, *obligatio rem tradi*, néanmoins la loi 3, §. 3, ff. *commod.* décide que les héritiers en sont régulièrement tenus, pour la part seulement dont ils sont héritiers; ce qui est le caractère des obligations divisibles: *Heredes ejus qui commodatum accepit, pro eâ parte quâ heres est, convenitur*. Il est vrai que cette obligation du *commodataire*, quoique divisible *quoad obligationem*, est indivisible au moins *quoad solutionem*: mais on peut facilement donner des exemples d'obligations *tradi rem, fundum tradi*, qui soient divisibles, même *quoad solutionem*: tel est celui que donne Dumoulin, p. 2, n. 305. Je transige avec ma partie adverse sur la demande en revendication d'un certain héritage qu'elle a donnée contre moi, et je m'oblige par cette transaction envers elle à le lui délaisser sans aucune garantie de ma part; cette obligation, qui est une obligation *fundum tradi*, est divisible, même

quoad solutionem; et si je meurs avant que d'avoir fait le délais, et laissant quatre héritiers, chacun de mes héritiers s'acquitte de cette obligation, en abandonnant l'héritage pour la part à laquelle il a succédé.

La loi 72, ff. *de verborum oblig.* paroît néanmoins diamétralement contraire à notre décision : car l'obligation *fundum tradi* y est en termes formels rapportée comme un exemple d'obligation indivisible, avec les obligations *fossam fodiri, insulam fabricari, vel si quid simile*, qui sont indivisibles, *tam obligatione quàm solutione*. Dumoulin, p. 2, n. 278, ad n. 359, après avoir rapporté dix-sept opinions différentes de docteurs pour la conciliation de cette loi, rapporte la sienne, à laquelle il faut se tenir. Il pense avec raison que cet exemple d'obligation *fundum tradi* ne doit pas s'entendre indistinctement de toute obligation par laquelle on s'oblige à livrer une pièce de terre, mais seulement de l'obligation par laquelle on s'oblige de livrer une pièce de terre, avec des circonstances qui en rendent l'obligation indivisible; comme, par exemple, si voulant bâtir ma maison, et n'ayant point de chantier pour y placer les matériaux nécessaires que je veux faire venir pour cela, je conviens avec mon voisin qu'il me donnera l'usage d'une pièce de terre qu'il a près de ma maison, pour me servir de chantier : cette obligation est une obligation *fundum tradi, non simpliciter, sed ad certum usum finemque principaliter consideratum in contrahendo*; et cette fin rend indivisible cette obligation *fundum tradi*; car une obligation est indivisible lorsque ce qui en fait l'objet n'est pas susceptible de prestation particulière, *cum id jus quod*

in obligationem deductum est, non nisi in solidum præstari potest : ce qui se rencontre dans l'espèce proposée; car cette pièce de terre devant m'être fournie pour me servir de chantier, elle ne me peut être fournie pour cette fin que pour le total, puisqu'une partie qui ne seroit pas assez grande pour placer mes matériaux ne pourroit servir à la fin pour laquelle elle doit m'être fournie. Dumoulin rapporte d'autres exemples, 312, 313, 314, 315.

De l'obligation d'une corvée ou journée.

297. L'obligation d'une journée est indivisible, de la même manière que l'obligation de construire une maison : car quoique le service d'une journée ne soit pas en soi quelque chose d'indivisible, néanmoins l'obligation s'en contracte comme d'une chose indivisible, et qui ne peut s'acquitter pour partie : c'est pourquoi Ulpien dit : *Nec promitti, nec solvi, nec deberi, nec peti pro parte poterit opera* ; l. 15, ff. de oper. libert.

Pareillement Pomponius, en la loi 3, § 1, ff. de oper. libert. décide que le service d'une journée ne peut s'acquitter par partie, par celui d'un certain nombre d'heures, et qu'en conséquence le débiteur d'une journée qui auroit travaillé jusqu'à midi, et se seroit retiré, n'auroit aucunement acquitté son obligation, et demeureroit débiteur de la journée : *Non pars operæ per horas solvi potest, quia id est officii diurni, neque ei liberto, qui sex horis dumtaxat meridianis præsto fuisset, liberatio ejus diei contigit*. Mais après qu'il aura acquitté la journée dont il demeure débiteur, il

pourra demander le prix de sa demi-journée qu'il ne devoit pas.

Au reste, Dumoulin, *p. 2, 355, n. et seq.* remarque fort bien que cette indivisibilité de l'obligation d'une journée n'est qu'une indivisibilité d'*obligation*, et non une indivisibilité absolue, ou une indivisibilité *contractu*: car rien n'empêche qu'on ne puisse contracter l'obligation d'une partie de journée, comme d'une demi-journée. Il est vrai que la loi 15, §. 1, *de oper. libert.* dit: *Nec promitti pro parte opera potest.* Mais c'est une pure subtilité. Le jurisconsulte prend *opera* pour *officium diurnum*, selon la définition de la loi 1, ff. *de tit.* qu'il regarde, selon cette idée, comme indivisible; parceque si vous divisez, ce n'est plus *officium diurnum*, c'est *officium horarium*.

De l'obligation de faire quelque ouvrage.

298. Nous entendons ici par ouvrage, *effectio transiens in opus specificum permanens*, suivant l'expression de Dumoulin, *p. 2, n. 361*; et nous avons déjà vu ci-dessus, *n. 293*, que l'obligation de faire un ouvrage pris en ce sens, telle que l'obligation de construire une maison, de faire une statue, un tableau, étoit une obligation indivisible; non de cette indivisibilité absolue que nous avons appelée avec Dumoulin *indivisibilité contractu*, mais de la simple indivisibilité d'*obligation*.

De l'obligation de donner une certaine somme léguée pour la construction d'un hôpital ou pour quelque autre fin.

299. L'obligation qui résulte de ce legs est divisible,

puisqu'il s'agit de l'obligation de donner une somme d'argent. Ce qui est ajouté dans le testament, *pour bâtir un hôpital*, n'exprime que le motif qui a porté le testateur à faire ce legs; c'est *ratio legandi*: mais ce motif n'étant point uni à la disposition, *ratio legandi non cohaeret legato*, l. 72, §. 6, ff. *de cond. et dem.* ne peut par conséquent influencer sur la nature du legs, ni sur l'obligation qui en résulte.

Si le testateur avoit chargé ses héritiers de bâtir un hôpital dans une certaine ville, et d'y employer une certaine somme d'argent; l'obligation qui auroit pour objet la construction de l'hôpital seroit indivisible. C'est à cette dernière espèce que doit s'appliquer la loi 11, §. 23, ff. *de leg.* 3°. Voyez Dumoulin p. 2, n. 368 et seq.

ARTICLE II.

De la nature et des effets des obligations divisibles.

§. I. Principes généraux.

300. Une obligation est appelée *divisible*, comme nous l'avons déjà remarqué, non parcequ'elle est actuellement divisée, mais parcequ'elle se peut diviser. C'est pourquoi, quelque divisible que soit la chose due, l'obligation, avant qu'elle ait été divisée, est indivise, et ne peut être acquittée par parties, comme nous le verrons *infra*, p. 3, ch. 1, art. 3, §. 2.

Il faut donc bien prendre garde à ne point confondre l'indivision et l'indivisibilité; c'est la première des clefs de Dumoulin. *Tr. de div. et indiv.* p. 3, n. 7, et seq. n. 112.

puisqu'il s'agit de l'obligation de donner une somme d'argent. Ce qui est ajouté dans le testament, *pour bâtir un hôpital*, n'exprime que le motif qui a porté le testateur à faire ce legs; c'est *ratio legandi*: mais ce motif n'étant point uni à la disposition, *ratio legandi non cohaeret legato*, l. 72, §. 6, ff. *de cond. et dem.* ne peut par conséquent influencer sur la nature du legs, ni sur l'obligation qui en résulte.

Si le testateur avoit chargé ses héritiers de bâtir un hôpital dans une certaine ville, et d'y employer une certaine somme d'argent; l'obligation qui auroit pour objet la construction de l'hôpital seroit indivisible. C'est à cette dernière espèce que doit s'appliquer la loi 11, §. 23, ff. *de leg.* 3°. Voyez Dumoulin p. 2, n. 368 et seq.

ARTICLE II.

De la nature et des effets des obligations divisibles.

§. I. Principes généraux.

300. Une obligation est appelée *divisible*, comme nous l'avons déjà remarqué, non parcequ'elle est actuellement divisée, mais parcequ'elle se peut diviser. C'est pourquoi, quelque divisible que soit la chose due, l'obligation, avant qu'elle ait été divisée, est indivise, et ne peut être acquittée par parties, comme nous le verrons *infra*, p. 3, ch. 1, art. 3, §. 2.

Il faut donc bien prendre garde à ne point confondre l'indivision et l'indivisibilité; c'est la première des clefs de Dumoulin. *Tr. de div. et indiv.* p. 3, n. 7, et seq. n. 112.

Cette division de l'obligation se fait ou du côté du débiteur, ou du côté du créancier, ou quelquefois de l'un et de l'autre côté ensemble. L'obligation se divise, du côté du créancier, lorsqu'il laisse plusieurs héritiers. Chacun des héritiers est créancier seulement de sa part : d'où il suit qu'il ne peut exiger cette créance que pour cette part, qu'il ne peut donner de quittance que pour cette part, à moins qu'il n'ait une procuration de ses cohéritiers pour recevoir la leur : de là il suit pareillement que le débiteur peut payer séparément à chacun de ces héritiers la portion qui lui est due.

L'obligation se divise pareillement du côté du débiteur, lorsqu'il laisse plusieurs héritiers : chacun des héritiers de ce débiteur n'est tenu de la dette que pour sa part, et ordinairement chacun des héritiers peut obliger le créancier à recevoir la dette pour cette part.

§. II. Modifications du premier effet de la division de l'obligation du côté du débiteur.

301. Le principe que nous avons établi, que, dans les obligations divisibles, chaque héritier du débiteur n'est tenu de la dette que pour la part dont il est héritier, reçoit plusieurs exceptions et modifications.

La première est à l'égard des dettes hypothécaires. En ce cas, lorsque les héritiers du débiteur sont possesseurs d'immeubles hypothéqués à la dette ; quoique la dette se divise entre eux, et qu'en conséquence ils ne soient tenus de l'action personnelle qui résulte de l'obligation du défunt, que pour la part dont ils sont ses héritiers ; néanmoins ils peuvent être pour-

suivis hypothécairement pour le total de cette dette, comme possesseurs des biens qui y sont hypothéqués. Voyez ce que nous avons dit à ce sujet, *en notre Introduction au titre 20 de la Coutume d'Orléans, ch. 1, sect. 3.*

302. La deuxième est à l'égard des dettes d'un corps certain que le défunt a laissé dans la succession. Lorsque le défunt a laissé des héritiers de différentes espèces, les uns aux meubles et acquêts, les autres aux propres, tous ne sont pas tenus de la dette de ce corps certain; il n'y a que les héritiers du patrimoine duquel il fait partie qui en soient tenus. La raison est que le défunt n'en seroit tenu lui-même, s'il vivoit actuellement, qu'autant qu'il le posséderoit encore, ou qu'il auroit cessé par son fait ou sa faute de le posséder; ses héritiers du patrimoine, dont le corps certain ne fait point partie, qui ne l'ont par conséquent jamais possédé, ni cessé de le posséder, ne peuvent donc être tenus de la dette de ce corps certain, n'en pouvant être tenus que comme le défunt qu'ils représentent le seroit: il n'y a donc que les héritiers du patrimoine dans lequel se trouve ce corps certain, qui en puissent être tenus.

Mais si, par le partage entre les héritiers de ce patrimoine, ce corps certain dû par le défunt à quelqu'un, a été compris dans le lot échu à l'un d'eux, les autres ne sont pas pour cela déchargés de cette dette, quand même ils auroient chargé celui d'entre eux au lot duquel ce corps certain est échu, d'acquitter la dette lorsqu'elle deviendroit exigible: car ayant été une fois tenus de cette dette, ils n'ont pu par leur fait, en

comprenant ce corps certain dans la masse des biens qu'ils ont partagés entre eux, se décharger de l'obligation de le délivrer au créancier.

303. La troisième modification concerne encore les dettes d'un corps certain. Quoique la dette d'un corps certain divisible se divise entre les héritiers du débiteur qui succèdent à l'espèce des biens dont il fait partie, et que même après le partage par lequel ce corps certain est échu dans le lot de l'un d'eux, chacun de ses héritiers continue d'en être débiteur pour sa part, comme nous venons de le voir ci-dessus; néanmoins celui dans le lot duquel il est tombé, peut être poursuivi pour le paiement du total et condamné envers le créancier au paiement du total, pourvu que le jugement soit rendu avec ses cohéritiers, ou par défaut contre eux, s'il n'a pas été chargé de cette dette par le partage.

La raison qu'en rend Dumoulin est que, quoique l'action qui naît de cette dette soit divisée contre chacun des héritiers du débiteur, néanmoins comme l'exécution de cette action doit se faire pour le total sur celui d'entre eux qui, par le partage, en est devenu seul possesseur, il s'ensuit qu'il peut être condamné à la délivrance de cette chose pour le total : *Quia quamvis actio merè sit personalis, tamen executio judicati in rem scripta est, et divisio non debet impedire vim futuri judicii, nec executionem in rem et in ejus possessorem, salvo contra heredes recuso*; Molin. p. 2, n. 84.

Cette décision a lieu, lorsque c'est en sa qualité d'héritier et par le partage de la succession que cet héritier, pour partie du débiteur, se trouve posséder en entier la chose due. Il en seroit autrement si c'étoit de son

chef qu'il la possédât : il n'en seroit pas en ce cas débiteur, et il ne pourroit être condamné à la payer que pour la part pour laquelle il est héritier. On peut tirer argument de la loi 86, §. 3, ff. *de leg.* 1^o *Si fundus ab omnibus heredibus legatus sit, qui unius heredis esset; is cujus fundus esset, non amplius quam partem suam præstabit, cæteri in reliquas partes tenebuntur.*

Nous venons de voir que, lorsque l'héritier pour partie du débiteur d'un corps certain, se trouvoit, en cette qualité d'héritier, être en possession pour le total de cette chose, il pouvoit être condamné à la prestation du total, pourvu que la sentence fût rendue avec ses cohéritiers, suivant que l'enseigne Dumoulin, *ibid.*, n. 84. Cet auteur va plus loin, *ibid.*, p. 3, n. 242, car il décide que l'héritier peut y être condamné, même sans que ses cohéritiers aient été mis en cause, lorsqu'il est évident qu'ils ne pourroient avoir aucuns moyens de défense. C'est ce qu'il décide dans l'espèce d'un vendeur qui, ayant vendu une chose livrable dans le mois, et ayant reçu le prix, seroit mort dans ce terme, laissant plusieurs héritiers, il décide que la vente et le paiement du prix étant constants, celui des héritiers par-devers qui la chose se trouve, doit, après l'expiration du terme, être condamné à la livrer, sans qu'il soit reçu à mettre en cause ses cohéritiers.

304. La quatrième modification est, lorsque la dette consiste dans la simple restitution d'une chose dont le créancier est propriétaire, et dont le débiteur n'avoit que la simple détention. Quoique la chose soit divisible, et qu'en conséquence la dette le soit aussi, néanmoins celui des héritiers du débiteur par-devers qui est

la chose, est tenu pour le total de cette restitution. Par exemple, si l'on vous a prêté ou donné en dépôt une bibliothèque, quoique cette dette soit divisible, celui de vos héritiers par-devers qui elle se trouvera, sera tenu pour le total, de la restitution de cette bibliothèque : *Heres ejus qui commodatum accepit, pro eâ parte quâ heres est, convenitur, nisi fortè habuit totius rei facultatem restituendæ, nec faciat : tunc enim condemnatur in solidum, quia hoc boni judicis arbitrio conveniat ; l. 3, §. 3, ff. commod.*

La raison est que cet héritier qui a par-devers lui la chose entière, ayant la faculté de la rendre, et n'ayant pas besoin d'attendre pour cela le consentement de ses cohéritiers, qui n'ont aucun droit dans cette chose, et auxquels la restitution qu'il en fera ne peut être qu'avantageuse, en les déchargeant de l'obligation en laquelle ils sont de faire cette restitution ; la bonne foi ne permet pas qu'il refuse cette restitution : c'est ce qu'insinue le jurisconsulte par ces termes, *quia hoc boni judicis arbitrio conveniat*. Si cet héritier n'est tenu que pour sa part héréditaire, *ex primâ et primitivâ obligatione depositi aut commodati, quæ dividua est*, il est tenu pour le total de cette restitution qui est en son pouvoir, *ex obligatione accessoriâ præstandi bonam fidem*, l'obligation de la bonne foi étant une obligation indivisible ; *neque enim bona fides potest præstari pro parte*. C'est encore une des clefs de Dumoulin : *Lex 12, tabularum, dit-il, non dividit obligationes, etiam dividuas, quatenus respiciunt bonam fidem ; undè obligatio, etiam dividua, ad officium bonæ fidei obligat in solidum, concurrente facultate præstandi, et qua-*

tēnis concurrīt, et quādocumquē hoc contigerit; Molin. p. 3, n. 112.

305. Une cinquième modification, est que celui des héritiers par le fait ou la faute duquel la chose est périe, est tenu du total de la dette. La raison se tire du principe de Dumoulin, qui est que l'obligation principale *rem dividuam dandi*, est divisible à la vérité; mais l'obligation accessoire *præstandi bonam fidem et diligentiam*, qui y est jointe, est indivisible: chacun des héritiers est à cet égard tenu *in solidum*; *nec enim pro parte diligentia præstari potest*: d'où il suit que celui des héritiers qui y a manqué, et par le fait ou la faute duquel la chose est périe, doit être tenu pour le total. Suivant ces principes, si quelqu'un s'est obligé envers moi à me laisser jouir d'un héritage, soit par un bail à ferme qu'il m'en a fait, soit par la vente qu'il m'a faite d'un droit d'usufruit de cet héritage, et qu'il ait laissé quatre héritiers; si l'un des héritiers, sans avoir aucun droit de son chef dans cet héritage, me trouble injustement dans la jouissance du total de cet héritage, il sera tenu pour le total de mes dommages et intérêts, et non pas seulement pour la part dont il est héritier: car quoique l'obligation principale de me faire jouir soit divisible, l'obligation accessoire *præstandi bonam fidem*, qui oblige de n'apporter aucun trouble, est indivisible, et passe par conséquent à chacun des héritiers pour le total: ainsi l'héritier qui y contrevient doit être tenu des dommages et intérêts pour le total.

De là cette maxime, qu'un héritier ne peut être, à la vérité, poursuivi pour une dette divisible, que quant

à la part pour laquelle il est héritier, lorsqu'il n'est poursuivi qu'en sa seule qualité d'héritier, et pour le fait du défunt; mais qu'il peut être poursuivi pour le total, lorsqu'il est poursuivi pour son propre fait. *Multum refert unum heredum debitoris teneri secundariâ obligatione ut heredem tantum; id est ex facto vel non facto defuncti tantum; an verò ut ipsum, id est, ex suo facto proprio vel non facto;* Molin. p. 3, n. 5.

306. A l'égard des autres héritiers qui n'ont concouru par aucun fait ni faute de leur part, à la perte de la chose due, ils sont libérés; car cet héritier est tenu de la dette, comme le défunt en étoit tenu. Le défunt auroit été libéré par la perte de la chose arrivée sans sa faute; l'héritier doit donc pareillement être libéré par la perte de la chose arrivée sans la faute du défunt, et sans la sienne propre. L'héritier est bien tenu des faits du défunt, puisqu'il succède aux obligations du défunt; mais il n'est pas tenu du fait de ses cohéritiers: c'est ce qui est décidé par les lois 9 et 10, ff. *depos. In depositi actione, si de facto defuncti agatur, adversus unum ex pluribus heredibus pro parte hereditariâ agere debeo; si verò ex suo delicto, pro parte non ago; meritò, quia æstimatio refertur ad dolum quem in solidum ipse admisit, nec adversus coheredes qui dolo carent, actio competit.* Paul décide la même chose pour le prêt à usage; l. 17, §. 2, *commod.* Molin. p. 3, n. 439 et 440.

Si on avoit stipulé une peine en cas que la chose ne fût pas rendue, en ce cas, quoiqu'elle ait péri par la faute de l'un d'eux, et sans le fait ni la faute des autres, ils ne laisseront pas d'être tenus de la peine, cha-

cun pour leur part : car l'obligation de payer la somme convenue pour la peine, est une seconde obligation que le défunt a contractée, et qui est conditionnelle; elle a pour condition l'inexécution de la première. Les héritiers du défunt ont chacun, quant à la part pour laquelle ils sont héritiers du défunt, succédé à cette seconde obligation sous la même condition; ils sont donc tenus, chacun pour leur part héréditaire, de payer cette somme, dans le cas de l'existence de la condition, c'est-à-dire, dans le cas où la première obligation ne seroit pas exécutée, soit par le fait ou la faute du défunt, soit par celle de quelqu'un de ses héritiers, sauf leur recours contre celui de leurs cohéritiers par le fait de qui la chose a péri. C'est ce qu'enseigne Dumoulin, qui dit que les cohéritiers de celui par le fait de qui la chose est périée, sont tenus en ce cas de la peine : *Non immediatè ex facto et culpâ dolosi, sed ejus occasione et tanquam ex eventu conditionis, ex obligatione defuncti quæ in eos sub eâ conditione descendit*; Molin. d. n. 440.

C'est de ce cas qu'entend parler Paul en la loi 44, §. 5. ff. *fam. erc.*, lorsqu'il dit : *Si reliqui propter factum unius teneri cæperint, tanquam conditio stipulationis hereditariæ extiterit, habebunt familiæ erciscundæ judicium cum eo propter quem commissa sit stipulatio.*

Observez que pour que la contravention de l'un des héritiers rejaillisse sur ses cohéritiers, il faut qu'il y ait une seconde convention expresse, par laquelle le défunt se soit obligé au paiement d'une certaine peine, en cas d'inexécution de l'obligation principale, ou par laquelle il se soit obligé aux dommages et intérêts, en

cas de contravention par lui *ou ses héritiers*. Mais il ne suffit pas pour cela qu'il soit dit à la fin de l'acte, que toutes les parties se sont obligées à tout le contenu de l'acte, à peine de tous dépens, dommages et intérêts; car cette clause ne contient pas une seconde obligation: *Hæc clausula nihil novi addit, cùm sit ex stylo communi ad confirmandum tantùm, secundum materiam subjectam, et ejus limites; ibid. 442.*

On opposera peut-être contre la distinction de Dumoulin, que dans toutes les conventions qui contiennent une obligation principale, on doit toujours sous-entendre une seconde convention tacite accessoire de la première, par laquelle le débiteur s'engage aux dommages et intérêts, en cas de contravention par lui ou par ses héritiers à l'obligation principale; que cette seconde convention tacite doit avoir le même effet que si elle étoit exprimée. La réponse est qu'il est faux qu'on doive supposer cette seconde convention, lorsqu'elle n'est pas exprimée. Si le débiteur qui contrevient à son obligation principale, est tenu des dommages et intérêts résultants de sa contravention, ce n'est pas en vertu d'aucune seconde convention qu'on doive supposer, par laquelle il seroit obligé à ces dommages et intérêts; c'est uniquement parceque cette obligation des dommages et intérêts est renfermée dans l'obligation principale, et que cette obligation principale, *ex propriâ naturâ*, se convertit contre le contrevenant en une obligation de dommages et intérêts. Mais en ce cas, lorsque c'est l'un des héritiers du débiteur qui contrevient à l'obligation, les autres héritiers qui n'y ont pas contrevenu, ne sont tenus d'aucuns

dommages et intérêts; ces héritiers étant bien tenus des faits du défunt qu'ils représentent, et de leur propre fait, mais n'étant point tenus des faits de leur cohéritier, comme il a déjà été ci-dessus observé.

307. Lorsque la chose est périe par le fait ou le dol de plusieurs d'entre les héritiers, chacun d'eux en est tenu solidairement: *Nec enim*, dit Dumoulin, *qui peccavit, ex eo relevari debet, quòd peccati habet consortem.*

Si néanmoins ces héritiers avoient, chacun par un fait particulier, perdu ou diverti différentes parties de la chose due, chacun ne seroit tenu que de la perte ou divertissement de cette partie: car, en ce cas, *unusquisque non in solidum, sed in parte duntaxat dolum amisit.* C'est ce que décide Marcellus en la loi 22, ff. *deposit.* *Si duo heredes rem apud defunctum depositam dolo intervenerint, quodam casu in partes duntaxat tenebuntur; nam si dividerunt decem millia, quæ apud defunctum fuerant, et quina millia singuli abstulerint, et uterque solvendo est, in partes adstricti erunt: quòd si quæ species dolo eorum interversa fuerit, in solidum conveniri poterunt; nam certè verum est in solidum quemque dolo fecisse.*

Observez à l'égard de la première espèce de la loi 22, qu'il est dit, *si uterque solvendo est*; car si l'un des deux héritiers étoit insolvable, celui des deux qui auroit été solvable, auroit été en faute, non seulement par rapport à sa moitié, mais même par rapport à l'autre moitié, n'ayant pas dû partager la somme donnée en dépôt au défunt avec son cohéritier insolvable. Si l'obligation de restituer la somme étoit une obligation divisible, l'obligation accessoire de la garder et

de la conserver avec bonne foi, étoit une obligation indivisible, dont chacun d'eux étoit tenu pour le total, et à laquelle l'héritier solvable a contrevenu, non seulement par rapport à la moitié qu'il a dû payer, mais aussi par rapport à l'autre qu'il a laissée à la merci de son cohéritier insolvable.

308. Une sixième exception est que, quoiqu'une obligation soit divisible, l'un des héritiers du débiteur peut en être tenu pour le total, soit par une convention, soit par le testament du défunt qui l'en aura chargé, ou par l'office du juge qui fait le partage des biens de la succession. En tous ces cas, l'un des héritiers est tenu de la dette pour le total, sans que les autres héritiers cessent d'en être tenus avec lui, chacun pour leur part.

309. Il résulte de toutes ces modifications, que *aliud est unum ex pluribus sive principalibus sive heredibus teneri in solidum; aliud obligationem esse individuum*. C'est la troisième des clefs de Dumoulin, *part. 3, n. 112*.

310. Hors ces cas, chaque héritier du débiteur n'est tenu des dettes divisibles, que pour la part dont il est héritier; et il n'est pas même tenu subsidiairement du surplus, en cas d'insolvabilité de ses cohéritiers. La loi 2, *Cod. de hered. act.* qui décide que chaque héritier n'est tenu des dettes du défunt que pour sa part, ne distingue point si tous les héritiers sont solvables ou non. Cela est pris même de l'idée d'héritier. Un héritier est celui qui succède aux droits actifs et passifs, c'est-à-dire aux dettes et obligations du défunt. Celui qui n'est héritier que pour partie, n'y succède que pour cette partie. Il n'est donc tenu que pour cette partie : l'insolvabilité de ses cohéritiers qui survient, ne le rend

pas successeur pour le total aux droits du défunt; il ne l'est toujours que pour sa part, et par conséquent il ne doit être tenu des dettes que pour sa part.

On oppose que les dettes étant une charge des biens, elles doivent être acquittées pour le total sur les biens que retient cet héritier en partie. La réponse est que l'universalité totale des biens est chargée du total des dettes; mais les portions de cette universalité ne sont chargées que d'une pareille portion des dettes. On insiste, et on dit: Si le débiteur avoit dissipé la moitié de ses biens, l'autre moitié qui lui resteroit, seroit chargée du total des dettes: donc, lorsque l'un des héritiers du débiteur a dissipé sa moitié, l'autre moitié qui appartient à l'autre héritier, doit pareillement être chargée du total des dettes. Je nie la conséquence. Lorsque le débiteur a dissipé la moitié de ses biens, ce qui lui reste est le total des biens de la personne obligée au total de la dette; et par conséquent le total des dettes est une charge de ce qui reste des biens: mais lorsque mon cohéritier a dissipé la moitié qui lui est échue, celle que j'ai n'est toujours que la portion d'un héritier pour moitié, lequel n'est tenu personnellement des dettes que pour cette moitié: cette portion ne doit donc être chargée que de la moitié des dettes. On insiste encore, et on dit que le créancier ne doit pas souffrir de la multiplicité des héritiers que son débiteur laisse: donc la dissipation de la moitié de ces biens, que fait l'un des héritiers, ne doit pas lui faire perdre la moitié de sa dette; puisque, si le débiteur ou l'unique héritier du débiteur eût perdu cette moitié de biens, le créancier ne perdrait rien de sa dette. La réponse est, que

ce n'est que *ex accidenti* que le créancier souffre en ce cas de la multiplicité des héritiers qu'a laissés le débiteur: il pouvoit n'en pas souffrir, en arrêtant les biens de la succession avant le partage, ou en veillant à se faire payer.

Cette décision, que l'héritier pour partie n'est pas tenu des dettes pour les portions de ses cohéritiers devenus insolubles, quand même sa portion seroit plus que suffisante pour payer le total, étant tirée des principes de la raison naturelle, et de la nature même de la qualité d'héritier, elle doit avoir lieu dans le for de la conscience, aussi bien que dans le for extérieur; *Molin., part. 2, n. 82.*

311. Ce principe, qu'un héritier n'est pas tenu de l'insolvabilité de ses cohéritiers, reçoit plusieurs exceptions. La première, qui ne souffre pas de difficulté, est lorsque c'est par le dol et le fait d'un héritier que le créancier n'a pu se faire payer par les autres héritiers devenus insolubles; *putà*, parceque cet héritier s'est fait passer pour le seul héritier; *Molin., ibid. n. 85 in fine.*

Dumoulin apporte pour second cas d'exception, celui auquel un père laisseroit pour héritiers deux enfants, dont l'un auroit dissipé d'avance ce qu'il auroit reçu en avancement de sa succession, et auquel, au moyen de ce qu'il est tenu de la précompter sur sa part, il seroit revenu beaucoup moins dans l'actif des biens délaissés par le père, que n'est la part des dettes de cette succession, dont il est tenu en se portant héritier. L'autre enfant doit répondre en ce cas, envers les créanciers de la succession, de la part des dettes

dont est tenu son frère insolvable, quoique les créanciers n'aient pas eu la précaution d'arrêter les biens de la succession avant le partage. La raison est que cet enfant ayant recueilli presque tout l'actif des biens délaissés par le défunt, au moyen de ce que son frère a été tenu de précompter ce qu'il avoit reçu du vivant du père commun, il est juste qu'il ne profite pas, aux dépens des créanciers de la succession, de ce que son frère s'est mal-à-propos porté héritier : il y a lieu en ce cas de présumer une collusion entre les deux frères, et que c'est dans la vue de se décharger d'une portion des dettes, et d'en frauder les créanciers, que l'héritier solvable a engagé son frère insolvable à se porter héritier. *Hoc est injustum*, dit Dumoulin, *nec suspicione collusionis vacat*. *Ibid.* n. 93 in fine.

Cet auteur, n. 92, apporte pour troisième exception le cas auquel le créancier auroit fait un prêt au défunt, qui auroit été la cause de la fortune du défunt; en ce cas l'héritier solvable étant en quelque façon redevable au créancier de ce qu'il recueille pour sa part une succession opulente, ne doit pas laisser perdre au créancier la part de cette créance dont est tenu son cohéritier insolvable. Cette décision de Dumoulin souffre difficulté. J'avoue que la gratitude exige cela; mais la gratitude ne forme que des obligations imparfaites, qui n'obligent pas dans le for extérieur.

§. III. Du second effet de la division de la dette, qui consiste en ce qu'elle peut être payée par parties.

312. Nous avons vu qu'un des effets de la division de la dette, soit que ce fût du côté du créancier, soit

que ce fût du côté du débiteur qu'elle fût arrivée, étoit que le paiement de la dette pouvoit se faire par parties; savoir, pour les parties qui sont dues à chacun des héritiers du créancier, et pour celles dues par chacun des héritiers du débiteur. Ce principe a aussi ses exceptions et ses modifications, *non propter individuitatem obligationis, sed propter incongruitatem solutionis*, dit Dumoulin; c'est-à-dire non parceque le paiement partiel d'une obligation divisible n'est pas toujours, absolument parlant, possible; car puisque la chose due a des parties, c'est une conséquence nécessaire qu'elle puisse être payée par parties; mais si le paiement de ces obligations ne doit pas quelquefois se faire par parties, c'est parceque le paiement partiel n'est pas toujours équitable : *aliud quippe individuitas obligationis, aliud incongruitas solutionis*. C'est la quatrième des clefs de Dumoulin, p. 3, n. 112.

313. Le premier cas auquel le paiement partiel d'une dette, quoique divisible, n'est pas valable, est le cas des dettes alternatives, ou de choses indéterminées. Par exemple, si celui qui est débiteur *d'une telle maison, ou d'une somme de dix mille livres*, laisse deux héritiers, l'un des héritiers ne sera pas admis à payer la moitié d'une de ces deux choses, jusqu'à ce que l'autre héritier paye aussi l'autre moitié de la même chose : car si l'un des héritiers ayant payé la moitié, par exemple, de la maison, l'autre vouloit payer la moitié de la somme, il en résulteroit un préjudice au créancier qui doit recevoir en paiement l'une des deux choses entières, et non pas deux moitiés de deux différentes choses. Par cette même raison, quand

même le créancier auroit volontairement reçu la moitié de l'une des deux choses, *putà*, la moitié de la somme, ce paiement ne recevra sa perfection, même pour cette moitié, que lorsqu'on lui aura payé l'autre moitié; et si, par la suite, on lui donne la maison, il y aura lieu à la répétition de ce qui auroit été payé en argent; *infra*, p. 3, n. 525.

Il en est de même des dettes de choses indéterminées: comme si le défunt devoit indéterminément un arpent de terre, l'un de ses héritiers n'est pas recevable à offrir au créancier la moitié d'un certain arpent de terre, jusqu'à ce que l'autre héritier donne aussi en paiement la moitié d'un autre arpent; autrement il en résulteroit un préjudice au créancier à qui il est dû un arpent entier, et qui a intérêt d'avoir un arpent entier, plutôt que la moitié de deux différents arpents. C'est ce qui résulte des lois 85, §. 4; *et l.* 2, §. 2, ff. *de verb. oblig.*: *Molin.* p. 2, n. 125.

Cette indivision de paiement doit avoir lieu, non seulement lorsque la dette a été divisée du côté du débiteur, mais aussi pareillement lorsqu'elle l'a été du côté du créancier qui a laissé plusieurs héritiers: car il est de l'intérêt de ces héritiers du créancier de recevoir une seule chose qui leur est due, qui ne soit commune qu'entre eux, plutôt que des portions de différentes choses qu'ils auroient chacun en commun avec des étrangers; *Molin. ibid.* p. 2, n. 130.

Lorsque l'un des héritiers du débiteur a été libéré pour sa part de la dette, soit par la remise que le créancier lui en a faite, soit autrement, rien n'empêche alors que l'autre héritier ne puisse payer l'une des

choses qu'il voudra pour la moitié qu'il doit, *d. l. 2, §. 3.* La raison qui empêchoit le paiement partiel, cesse; car il n'y a plus lieu de craindre que le paiement se fasse en portion de différentes choses.

Observez que dans le texte cité, après ces mots, *si tamen hominem stipulatus, cum uno ex heredibus egero*, il faut suppléer, *et victus fuero per injuriam judicis.* Voyez Cuj. *ad l. Molin. ibid. p. 2, n. 188.*

Observez aussi que l'indivision de paiement d'une dette alternative cesse d'avoir lieu, lorsque cette dette, par l'extinction de l'une des deux choses cesse d'être alternative, et devient déterminée à la chose qui reste: rien n'empêche en ce cas que cette chose puisse être payée par parties, soit par les différents héritiers du débiteur, soit aux différents héritiers du créancier.

314. Le second cas auquel le paiement d'une obligation, quoique divisible et divisée entre plusieurs héritiers du débiteur, ne peut se faire par parties, est lorsqu'on en est convenu en contractant l'obligation, ou depuis. On pourroit néanmoins douter si cette convention est valable, parceque la loi 56, §. 1, *de verb. oblig.* décide qu'une personne ne peut, en contractant, faire qu'un de ses héritiers soit obligé à sa dette pour une plus grande part que celle pour laquelle il sera héritier. *Te et Titium heredem tuum decem daturum spondes: Titii persona supervacuè comprehensa est; sive enim solus heres extiterit, in solidum tenebitur; sive pro parte; eodem modo quo cæteri coheredes ejus.* C'est-à-dire qu'il sera tenu nonobstant cette clause de la stipulation, pour la part seulement dont il sera

héritier : et la raison est que n'étant héritier du contractant que pour cette part, et étant par conséquent étranger à l'égard des autres parts, il n'a pu être obligé pour les autres parts par la promesse du contractant, suivant le principe de droit, que *Nemo nisi de se promittere potest, non de extraneo*.

Nonobstant cela, Dumoulin décide avec raison, qu'on peut valablement convenir qu'une dette ne pourra être acquittée par parties par les différents héritiers du débiteur ; et il remarque fort bien que cette convention est bien différente de l'espèce de la loi ci-dessus rapportée, laquelle tombe sur la substance même de l'obligation, au lieu que cette convention ne concerne que la manière dont le paiement s'en fera : *Non concernit substantiam obligationis, sed modum ; undè quemadmodum potest in præjudicium heredum determinari locus et tempus solutionis, ita et modus ; Molin. ibid. part. 2, n. 30 et 31*. Cette convention n'empêche pas que l'un des héritiers du débiteur ne soit tenu que pour sa part de la dette ; mais l'effet est qu'il ne peut faire le paiement que de la chose entière, conjointement avec ses cohéritiers ; de manière que les offres qu'il feroit de donner sa part, seroient insuffisantes pour satisfaire, même pour sa part, à l'obligation dont il est tenu, si ses cohéritiers n'offrent également la leur ; voyez *infra*, n. 316.

315. Cette convention, que la dette ne pourra être payée par parties, empêche bien que les héritiers du débiteur ne la puissent payer par parties ; mais elle n'empêche pas qu'elle ne puisse être payée par parties aux différents héritiers du créancier.

Le débiteur ne peut même valablement payer à chacun d'eux que sa part; et s'il payoit le total à l'un d'eux, il ne seroit pas libéré envers les autres.

Néanmoins on peut aussi convenir que l'un des héritiers du créancier pourra exiger le total et qu'on pourra lui payer le total; auquel cas le paiement qui lui est fait, libère le débiteur envers tous les héritiers du créancier, dont celui à qui le paiement est fait, est comme le préposé pour leurs parts, ou comme *adjectus solutionis gratiâ*; Molin. *ibid.* n. 33.

316. Le troisième cas auquel la dette, quoique divisée entre les héritiers du débiteur, ne doit point s'acquitter par parties, est lorsque, sans qu'il y ait de convention, il résulte de la nature de l'engagement, ou de la chose qui en fait l'objet, ou de la fin que l'on s'est proposée dans le contrat, que l'esprit des contractants a effectivement été que la dette ne pût s'acquitter par parties. Cela se présume facilement, lorsque la chose qui fait l'objet de la convention, est susceptible, à la vérité, de parties intellectuelles, et est par conséquent divisible, mais ne peut être divisée en parties réelles; Molin. *part.* 3, n. 223.

Cela se présume, même à l'égard des choses qui peuvent se partager en parties réelles, lorsqu'elles ne peuvent l'être sans qu'il en résulte un préjudice au créancier.

Par exemple, si j'ai acheté ou pris à ferme un certain héritage, quoique cet héritage soit susceptible de parties, néanmoins un des héritiers de celui qui me l'a vendu ou donné à ferme, ne seroit pas reçu à m'offrir sa part indivisée ou divisée de cet héritage pour s'ac-

quitter envers moi de son obligation, si ses cohéritiers n'étoient aussi, de leur côté, prêts à me délivrer les leurs, parceque la division de cet héritage me porteroit préjudice : je ne l'ai acheté ou pris à ferme que pour l'avoir en total ou pour en jouir en total ; et je n'en aurois ni acheté ni pris à ferme une partie.

La fin que les contractants se sont proposée, peut aussi empêcher le paiement partiel, même des dettes d'une somme d'argent. Par exemple, si par une transaction vous vous êtes obligé à me payer une somme de mille écus, avec déclaration que c'est pour me tirer de prison, où j'étois détenu pour ladite somme par un créancier, et que peu après vous soyez mort laissant quatre héritiers ; un de ces héritiers ne sera pas reçu à m'offrir séparément le quart de ladite somme, qui ne peut me procurer la main-levée de ma personne, qui a été l'objet du contrat, et que je ne pourrois pas conserver sûrement en prison, en attendant le paiement du surplus ; *Molin.*, *part.* 2, *n.* 40.

317. Dans tous les cas ci-dessus rapportés, dans lesquels une obligation, quoiqu'en elle-même divisible, ne peut néanmoins s'acquitter par parties, le créancier ne peut, à la vérité, mettre les héritiers de son débiteur en demeure qu'en donnant la demande contre tous ; la demande qu'il feroit à l'un d'eux de lui payer le total ne seroit pas valable, et ne le mettroit pas en demeure, puisque l'obligation étant divisible, il ne doit pas le total ; mais quoique l'un des héritiers ne soit débiteur que de la partie pour laquelle il est héritier, et ne puisse être poursuivi pour le total ; néanmoins l'indivision de paiement empêche qu'il ne puisse valable-

ment offrir la part dont il est débiteur, si le surplus n'est offert en même temps par ses cohéritiers. C'est pourquoi de telles offres partielles non seulement ne mettent pas le créancier en demeure de recevoir, et n'arrêtent pas le cours des intérêts, si la dette est de nature à en produire; mais si l'héritier qui a fait ces offres avoit été auparavant mis en demeure par une demande donnée contre tous les héritiers, ces offres imparfaites ne purgeroient pas sa demeure, et n'empêcheroient pas qu'il ne fût sujet, vis-à-vis du créancier, à toutes les peines de la demeure, sauf son recours contre ses cohéritiers; *Molin., part. 2, n. 243.*

Observez qu'une rente constituée qui n'est point accompagnée d'hypothèque, se divise entre les héritiers du débiteur comme les autres dettes: chacun des héritiers n'est tenu de la continuer et d'en payer les arrérages que quant à la part pour laquelle il est héritier; mais la faculté du rachat sous laquelle elle a été constituée, ne se divise pas. Nous avons traité cette matière dans notre traité du Contrat de constitution de rente, *chap. 7, art. 3. Voyez Dumoulin, tract. de div. et ind., part. 2, n. 207, 209; et part. 3, n. 23 et seq.*

§. IV. Du cas auquel la division de la dette se fait tant de la part du créancier que de celle du débiteur.

318. Lorsque la dette a souffert division tant de la part du créancier que de celle du débiteur, *putà*, si le créancier a laissé quatre héritiers, et que le débiteur en ait pareillement laissé quatre, chacun des héritiers du débiteur, qui, par la division arrivée du côté du

créancier, n'est tenu que du quart de la dette, peut payer divisément, et pour le quart seulement dont il est débiteur, le quart qui est dû à chacun des héritiers du créancier, c'est-à-dire qu'il paiera à chacun d'eux le quart du quart, qui est un seizième au total.

§. V. Si la réunion des portions, soit des héritiers du créancier, soit des héritiers du débiteur, en une seule personne, fait cesser la faculté de payer la dette par parties.

319. La décision de cette question dépend du principe suivant. La division de la dette, qui se fait par la mort du créancier ou du débiteur qui laisse plusieurs héritiers, ne fait pas d'une dette plusieurs dettes; mais elle assigne seulement à chacun des héritiers soit du créancier, soit du débiteur, des portions dans cette dette, qui n'avoit pas de portions auparavant, mais qui en étoit susceptible. C'est en cela seul que consiste cette division; il n'y a toujours qu'une seule dette, *unum debitum*: la loi 9, ff. *de pactis*, le dit en termes formels. Effectivement, les différents héritiers du créancier ne sont créanciers que de la dette qui a été contractée envers le défunt; les différents héritiers du débiteur ne sont débiteurs que de celle qui a été contractée par le défunt. Il n'y a donc toujours qu'une dette: mais (et c'est en cela que consiste la division) cette dette, qui étoit indivisée et ne contenoit aucunes portions, tant qu'il n'y avoit qu'une personne qui fût débiteur, et une seule qui fût créancier, se trouve avoir des portions, et être due par portions, soit à chacun des héritiers du créancier, soit par chacun des héritiers du débiteur.

De ce principe naît la décision de la question. Les portions de la dette, dans lesquelles consiste la division de cette dette, étant produites par la multiplicité des personnes à qui la dette est due, lorsque le créancier a laissé plusieurs héritiers, ou par la multiplicité des personnes par qui la dette est due, lorsque le débiteur en a laissé plusieurs, il s'ensuit que lorsque cette multiplicité de personnes cesse, il cesse d'y avoir des parties dans la dette; *cessante causá, cessat effectus*; et par conséquent la division de la dette cesse, et elle ne peut plus être payée par portions.

Si donc un débiteur ou un créancier a laissé plusieurs héritiers, et que le survivant des héritiers ait été lui-même seul héritier de tous les prédécédés, la dette cessera de pouvoir être payée par portions, parceque ne se trouvant plus qu'un seul créancier et un seul débiteur de la dette, il n'y a plus de portions dans la dette.

En vain dit-on que le débiteur ayant une fois acquis le droit de payer par portions, lorsque le créancier a laissé plusieurs héritiers, il ne peut plus le perdre; que l'obligation en laquelle chacun des héritiers du créancier étoit de recevoir sa portion séparément, doit passer au survivant qui a succédé à toutes les obligations des prédécédés. Cela seroit vrai, si cette faculté de payer par portions étoit intrinsèque à l'obligation, et n'étoit pas au contraire uniquement dépendante de la circonstance extrinsèque de la multiplicité des personnes à qui ou par qui la dette est due : ainsi cette circonstance cessant, son effet doit cesser. Voyez Dumoulin, p. 2, n. 18 et seq.

Cette décision n'a pas lieu, lorsque le dernier survivant de plusieurs héritiers du débiteur a recueilli; à la vérité, les successions des prédécédés, mais sous bénéfice d'inventaire; car ce bénéfice empêchant la confusion des patrimoines des successions et de celui de l'héritier bénéficiaire, empêche aussi la réunion des portions de la dette. Le survivant doit séparément et diversement la portion dont il est tenu de la dette de son chef, et celle dont il est tenu comme héritier bénéficiaire, puisqu'il est tenu de l'une sur ses propres biens, et qu'il n'est tenu des autres que sur les biens des successions bénéficiaires des prédécédés. Or, étant tenu séparément et diversement de ces différentes portions de la dette, c'est une conséquence naturelle qu'il a droit de les acquitter séparément; c'est l'avis de Dumoulin, p. 2, n. 22.

320. La réunion des portions des héritiers du créancier en une seule personne, fait cesser la faculté de payer par portions, de quelque manière que cette réunion se fasse, non seulement lorsque l'un de ces héritiers est devenu héritier de tous les autres, mais aussi lorsqu'il a acquis par cession les droits de tous les autres.

Quid, s'il n'y avoit point de cession? L'un des héritiers qui auroit seulement la procuration de tous les autres cohéritiers pour exiger la dette, ou même un tiers qui auroit cette procuration de tous, pourroit-il refuser le paiement d'une portion? Il semble qu'il ne le pourroit: car il n'y a point en ce cas de réunion; il y a effectivement plusieurs personnes à qui la dette est due pour la portion de chacune d'elles, et par consé-

quent il semble que la dette peut se payer par portions. Nonobstant cette raison, Dumoulin, *p. 2, n. 25*, décide que ce procureur de tous les héritiers peut refuser de recevoir le paiement de la dette par portions. En voici la raison. De même que quand la dette se divise entre les héritiers du débiteur, cette division se fait pour l'intérêt de ces héritiers, afin qu'ils ne soient tenus chacun de la dette que pour leur portion héréditaire, et qu'ils puissent s'en libérer en payant cette portion; de même, lorsque la dette se divise entre les héritiers du créancier, la division ne se fait en ce cas qu'en faveur et pour l'intérêt des héritiers du créancier, afin que chacun d'eux n'ait pas besoin d'attendre ses cohéritiers pour exiger et recevoir sa portion. Ces cohéritiers du créancier peuvent donc ne pas user du droit qu'opère cette division de la dette, qui n'est qu'en leur faveur, suivant cette maxime de droit, *Unicuique liberum est juri in favorem suum introducto renuntiare*; et par conséquent celui qui a la procuration de tous les héritiers, peut refuser de recevoir la dette par portions.

321. Tout ce que nous avons dit jusqu'à présent a lieu, lorsque les portions de plusieurs héritiers d'un seul créancier ou d'un seul débiteur se réunissent en une même personne. Il faut décider autrement, lorsqu'une dette a d'abord été contractée envers deux créanciers ou par deux débiteurs, sans solidité, et pour chacun leur portion. En ce cas, il y a deux dettes vraiment distinctes et séparées; et elles ne cessent pas de l'être, quoique l'un des deux créanciers, ou l'un des deux débiteurs ait succédé à l'autre: c'est pourquoi le pouvoir

de les payer séparément subsiste toujours. *Molin., ibid., n. 29.*

§. VI. Différence entre la dette de plusieurs corps certains, et celle de plusieurs choses indéterminées, touchant la manière dont elles se divisent.

322. Lorsque la dette est de plusieurs corps certains et déterminés, *putà* d'un tel arpent de terre et d'un tel autre arpent, et que la dette vient à se diviser, *putà* par la mort du créancier, qui a laissé deux héritiers; la division se fait *in partes singularum rerum*. Le débiteur ne doit pas l'un des deux arpents à l'un des héritiers, et l'autre arpent à l'autre héritier; mais il doit à chacun des héritiers la moitié dans l'un et dans l'autre arpent, sauf à ces héritiers à les partager entre eux.

Il en est autrement, lorsque la dette est de deux choses indéterminées; *putà*, si, dans l'espèce proposée, un débiteur eût dû, non pas un tel arpent, mais deux arpents indéterminément. En ce cas, il devoit à chacun des héritiers du créancier un arpent, et non pas la moitié de deux arpents; la division ne se fait pas *in partes singularum rerum*, mais numéralement: *Numero dividitur obligatio*. C'est la décision des lois 54, ff. de verb. oblat.; et 29, ff. de solut.

ARTICLE III.

De la nature et des effets des obligations individuelles.

§. I. Principes généraux sur la nature des obligations individuelles.

323. L'obligation individuelle étant l'obligation

de les payer séparément subsiste toujours. *Molin., ibid., n. 29.*

§. VI. Différence entre la dette de plusieurs corps certains, et celle de plusieurs choses indéterminées, touchant la manière dont elles se divisent.

322. Lorsque la dette est de plusieurs corps certains et déterminés, *putà* d'un tel arpent de terre et d'un tel autre arpent, et que la dette vient à se diviser, *putà* par la mort du créancier, qui a laissé deux héritiers; la division se fait *in partes singularum rerum*. Le débiteur ne doit pas l'un des deux arpents à l'un des héritiers, et l'autre arpent à l'autre héritier; mais il doit à chacun des héritiers la moitié dans l'un et dans l'autre arpent, sauf à ces héritiers à les partager entre eux.

Il en est autrement, lorsque la dette est de deux choses indéterminées; *putà*, si, dans l'espèce proposée, un débiteur eût dû, non pas un tel arpent, mais deux arpents indéterminément. En ce cas, il devoit à chacun des héritiers du créancier un arpent, et non pas la moitié de deux arpents; la division ne se fait pas *in partes singularum rerum*, mais numéralement: *Numero dividitur obligatio*. C'est la décision des lois 54, ff. de verb. oblat.; et 29, ff. de solut.

ARTICLE III.

De la nature et des effets des obligations individuelles.

§. I. Principes généraux sur la nature des obligations individuelles.

323. L'obligation individuelle étant l'obligation

d'une chose ou d'un fait qui n'est susceptible ni de parties réelles, ni de parties intellectuelles, c'est une conséquence nécessaire que, lorsque deux ou plusieurs personnes ont contracté une dette de cette espèce, quoiqu'elles ne l'aient pas contractée solidairement, et *tanquam correi debendi*, néanmoins chacun des obligés est débiteur du total de la chose ou du fait qui fait l'objet de l'obligation : car il ne peut pas en être débiteur pour une part seulement, puisqu'on suppose que cette chose ou ce fait n'est pas susceptible de parties.

Par la même raison, lorsque la personne qui a contracté une pareille dette, a laissé plusieurs héritiers, chacun des héritiers est débiteur du total de la chose, ne pouvant pas être débiteur pour partie de ce qui n'en est pas susceptible : *Ea quæ in partes dividi non possunt, solida à singulis heredibus debentur*; l. 192, ff. de *Reg. jur.*

Pareillement, lorsque le créancier d'une pareille dette a laissé plusieurs héritiers, la chose est due pour le total à chacun des héritiers, ne pouvant pas l'être pour partie, puisqu'elle n'en est pas susceptible.

324. En cela l'indivisibilité d'obligation convient avec la solidité : mais elle en diffère principalement en ce que dans l'indivisibilité d'obligation, ce qui fait que chacun des débiteurs est débiteur du total venant de la qualité de la chose due qui n'est pas susceptible de parties, cette indivisibilité est une qualité réelle de l'obligation, qui passe avec cette qualité aux héritiers, et qui fait que chacun des héritiers du débiteur est débiteur pour le total. Au contraire, la solidité venant du fait des personnes qui se sont obligées chacune

pour le total, cette solidité est une qualité personnelle qui n'empêche pas que cette obligation solidaire ne se divise entre les héritiers de chacun des débiteurs solidaires qui l'ont contractée, et entre les héritiers du créancier envers qui elle a été contractée : c'est ce qu'explique parfaitement Dumoulin avec son énergie ordinaire : *In correis credendi vel debendi qualitas distributiva seu multiplicativa solidi, personalis est, et non transit in herede nec ad heredes, inter quos activè vel passivè dividitur; sed qualitas solidi in individuis realis est, quia non personis ut illa correorum, sed obligationi ipsi et rei debitæ adhæret, et transit ad heredes, et in singulorum heredum heredes singulos in solidum; p. 2, n. 222.*

325. De là naît une autre différence entre l'indivisibilité et la solidité. Celle-ci ne procédant pas de la qualité de la chose due, mais du fait personnel des codébiteurs qui ont contracté chacun toute l'obligation, non seulement ces codébiteurs sont débiteurs de la chose pour le total, mais ils en sont débiteurs *totaliter*. Quoique l'obligation primitive qu'ils ont contractée solidairement vienne à se convertir, par son inexécution, en une obligation secondaire, ils sont tenus solidairement de cette obligation secondaire, comme ils l'étoient de la primitive. Par exemple, si deux entrepreneurs se sont obligés envers moi solidairement à me construire une maison dans un certain temps; en cas d'inexécution de cette obligation primitive, ils seront tenus chacun solidairement de l'obligation des dommages et intérêts, en laquelle l'obligation primitive s'est convertie.

Au contraire, lorsque l'obligation n'est pas solidaire, mais indivisible, comme lorsque plusieurs se sont obligées sans solidité à quelque chose d'indivisible; en ce cas l'indivisibilité ne procédant que de la qualité de la chose due qui n'est pas susceptible de parties, les débiteurs d'une telle obligation sont, à la vérité, chacun débiteur du total, ne pouvant pas être débiteurs de parties d'une chose qui n'est pas susceptible de parties; *singuli solidum debent*: mais ne s'étant pas obligés solidairement, *non debent totaliter*. *Aliud est*, dit Dumoulin, p. 3, n. 112, *quem teneri ad totum, aliud totaliter*. N'étant débiteurs pour le total qu'à cause de la qualité de la chose due qui n'est pas susceptible de parties; si l'obligation primitive vient à se convertir en l'obligation secondaire d'une chose divisible, ces débiteurs n'en seront tenus chacun que pour leur part. Par exemple, si deux entrepreneurs se sont sans solidité, obligés envers moi à me construire une maison; quoiqu'ils soient tenus chacun pour le total de l'obligation primitive, parcequ'elle a pour objet un fait qui n'est pas susceptible de parties, néanmoins, en cas d'inexécution de cette obligation, ils ne seront tenus chacun que pour leur portion de l'obligation secondaire des dommages et intérêts, en laquelle l'obligation primitive s'est convertie; parceque ces dommages et intérêts consistent dans une somme d'argent, qui est divisible. Il résulte de-là que *Longè aliud est plures teneri ad idem in solidum, et aliud obligationem esse individuum*. C'est encore une clef de Dumoulin, *ibid*.

Il faut dire la même chose à l'égard de plusieurs créanciers, ou de plusieurs héritiers d'un créancier

d'une chose indivisible. Ils sont créanciers du total, *singulis solidum debetur*; mais ils ne le sont pas *totaliter*, comme le sont des créanciers solidaires qu'on appelle *correi credendi*; et *aliud est pluribus deberi idem in solidum, aliud obligationem esse individuum*. Tout ceci va s'éclaircir *in decursu*, dans les paragraphes suivants.

326. De ce principe que, *Aliud est debere totum, aliud est debere totaliter*, il suit qu'une obligation indivisible ne laisse pas de pouvoir souffrir retranchement. Par exemple, si mon parent, par son testament, m'a grevé envers Pierre d'un droit de servitude sur mon héritage, qu'il ne reste dans sa succession, toutes charges acquittées, que la somme de deux cents livres, et que ce droit de servitude soit de la valeur de trois cents livres, quoique ce legs et l'obligation qui en résulte soient indivisibles, le droit de servitude qui en fait l'objet étant indivisible, néanmoins, comme je ne suis pas tenu de cette obligation *totaliter*, mais seulement jusqu'à concurrence de deux cents livres qui restent de net dans la succession, ce legs et cette obligation, quoique indivisibles, souffriront retranchement, non pas à la vérité par rapport à la chose même qui est léguée, et qui n'est pas susceptible de parties, mais par rapport à sa valeur : c'est pourquoi je devrai au légataire un droit entier de servitude; mais à la charge qu'il ne pourra l'exiger qu'en me faisant raison de la somme qu'il vaut de plus que celle de deux cents livres, jusqu'à concurrence de laquelle seulement je suis tenu du legs; *arg. l. 76, ff. de leg. 2^o*.

§. II. De l'effet de l'indivisibilité de l'obligation *in-dando* aut *in-faciendo*, par rapport aux héritiers du créancier.

327. Lorsque l'obligation est indivisible, chaque héritier du créancier étant créancier de toute la chose, il en résulte que chacun des héritiers peut donner la demande pour toute la chose contre le débiteur.

Par exemple, si quelqu'un s'est engagé envers moi de me faire constituer, pour l'utilité de mon héritage, un droit de passage sur le sien, ou sur quelque autre héritage voisin; ce droit étant indivisible, chacun de mes héritiers pourra donner la demande pour le total contre le débiteur; *l. 2, §. 2, ff. de verb. oblig.*

De même, si quelqu'un s'est engagé envers moi à me faire un tableau, ou à me bâtir une maison, chacun de mes héritiers peut lui demander qu'il lui fasse le tableau en entier, ou qu'il bâtisse toute la maison.

Mais comme chacun de mes héritiers, quoique créancier de toute la chose, n'en est pas néanmoins créancier *totaliter*, si, sur la demande de toute la chose, que l'un de mes héritiers aura donnée contre le débiteur, ce débiteur, faute d'exécuter son obligation, est condamné en des dommages et intérêts, il ne pourra l'être envers cet héritier que pour la part dont il est héritier; car, quoique créancier de toute la chose, il n'en est néanmoins créancier que comme mon héritier pour partie. S'il a droit de demander toute la chose, c'est que la chose ne peut être demandée pour partie, n'en étant pas susceptible; mais l'obligation de cette chose indivisible se convertissant, par l'inexécution, en une obligation de dommages et intérêts, laquelle

est divisible, mon héritier pour partie ne peut prétendre dans lesdits dommages et intérêts que la part pour laquelle il est héritier; *l. 25, §. 9, ff. fam. ercisc.*

En cela les héritiers du créancier d'une dette indivisible sont différents des créanciers solidaires qu'on appelle *correi credendi*. Chacun de ceux-ci étant créancier, non seulement de toute la chose due, mais l'étant *totaliter*; si, sur la demande du créancier, le débiteur ne remplit pas son obligation, il doit être condamné envers lui en total aux dommages et intérêts.

328. De ce que l'héritier pour partie d'une dette indivisible, quoique créancier de toute la chose, ne l'est pas néanmoins *totaliter*, il s'ensuit aussi qu'il ne peut pas faire remise en entier de la dette, comme le pourroit un créancier solidaire; *l. 13, §. 12, ff. de accept.*

C'est pourquoi, si le créancier d'une dette indivisible a laissé deux héritiers, et que l'un d'eux ait fait remise au débiteur de la dette en ce qui le concerne, le débiteur ne sera pas libéré envers l'autre. Néanmoins cette remise aura effet. L'autre héritier pourra, à la vérité, demander au débiteur la chose entière; mais il ne le pourra qu'en offrant de lui faire raison de la moitié de l'estimation de cette chose: car la chose due, quoiqu'indivisible en soi, a néanmoins une estimation, laquelle est divisible, et à laquelle on peut en ce cas avoir recours; c'est une modification que reçoit en ce cas l'indivisibilité de la dette.

Il ne suffiroit pas au débiteur d'offrir à celui qui n'a pas remis son droit, la moitié du prix de la chose due; car cet héritier est créancier de la chose même; et son cohéritier, en faisant remise de son droit, n'a pu pré-

judicier à celui de cet héritier. C'est ce qu'enseigne Dumoulin, *tr. de div. et ind.* p. 3, n. 189; *Stipulator servitutis reliquit duos heredes, quorum unus accepto fecit promissori. . . . debet alteri heredum totam servitutem, sed non totaliter, utpotè deducendâ æstimatione dimidiæ partis. . . . sed cujus est electio? Breviter dico creditoris, videlicet alterius heredis, quia coheres etiam vendendo et pretium recipiendo nocere non potuit, nisi in refusione pretii, si hic heres noluit jus suum vendere; igitur gratis remittendo non potest in plus nocere.*

329. La même chose doit avoir lieu, lorsque le débiteur est devenu héritier pour moitié du créancier; l'autre lui demandera la chose entière, en offrant de lui faire raison de la moitié de l'estimation.

330. Tout ce que nous avons dit de plusieurs héritiers du créancier d'une dette indivisible, reçoit application à l'égard de plusieurs créanciers non solidaires envers qui une pareille dette auroit été contractée.

§. III. De l'effet des obligations indivisibles *in dando aut in faciendo*, par rapport aux héritiers du débiteur.

331. Lorsque la dette est indivisible, chacun des héritiers du débiteur étant débiteur de la chose entière, il en résulte qu'on peut donner la demande contre chacun des héritiers pour la chose entière. Mais comme il n'en est pas débiteur *totaliter*, qu'il ne l'est que comme héritier en partie du débiteur, et conjointement avec ses cohéritiers; il suit de là qu'étant assigné, il peut demander un délai pour appeler et mettre en cause ses cohéritiers, et qu'il ne doit être condamné seul

que faute par lui de les avoir appelés en cause. Dumoulin fonde cette décision sur la loi 11, §. 23, ff. de leg. 3^o. *Si in opere civitatis faciundo relictum sit, unumquemque heredem in solidum teneri D. Marcus et Verus Proculæ rescripserunt: tempus tamen coheredi Proculæ, quem Procula vocari desideravit, ut secum curaret opus fieri, præstiterunt, intra quod mittat ad opus faciendum, postquam solam Proculam voluerunt facere, imputaturam sumptum coheredi*; Dumoulin, p. 3, n. 90 et 104; et p. 2, n. 469 et seq.

En cela ces cohéritiers sont différents des coobligés solidairement, qu'on appelle *correi debendi*, lesquels doivent chacun *totam rem et totaliter*, et ne sont pas reçus par conséquent (si ce n'est par une grace, qui, à la vérité, s'accorde toujours) à demander délai pour mettre leurs cohéritiers en cause; mais ils sont obligés de payer aussitôt qu'ils sont interpellés, et ne peuvent demander autre chose au créancier que la cession de ses actions contre leurs coobligés, lorsqu'ils l'auront payé. Dumoulin établit cette différence, p. 3, n. 107.

332. Il y a plus. Lorsque l'héritier qui est assigné par le créancier d'une dette indivisible, n'est héritier que pour une petite partie, et qu'il y a un héritier pour une plus grande partie; *putà*, si, dans les coutumes d'Anjou, de Touraine et autres semblables, le créancier assignoit un puîné qui n'est héritier que pour une petite partie, l'aîné noble étant héritier principal, en ce cas l'héritier assigné, non seulement peut demander délai pour assigner ses cohéritiers, mais il peut demander que ce soit le créancier lui-même qui appelle en cause ce principal héritier, aux offres que le

puiné fera de contribuer à ce qui est demandé; *Molin.*, *ibid.*, n. 105.

Au surplus, sur l'effet de l'obligation indivisible *in dando vel in faciendo*, par rapport aux héritiers du débiteur, il faut distinguer avec Dumoulin trois cas. Ou cette dette est de nature à ne pouvoir être acquittée que par le seul des héritiers du débiteur qui est assigné; ou elle est de nature à pouvoir être acquittée séparément, soit par celui qui est assigné, soit par chacun de ses cohéritiers; ou elle est de nature à ne pouvoir être acquittée que par tous conjointement.

On peut apporter pour exemple du premier, la dette d'une servitude de vue ou de passage, que le défunt a promis d'imposer sur un de ses héritages, qui est tombé par le partage à l'un de ses héritiers. Il n'y a que cet héritier à qui cet héritage est tombé par le partage, qui puisse acquitter cette dette, parcequ'une servitude ne peut être imposée que par le propriétaire de l'héritage. En ce cas il sera seul condamné à la prestation du droit de servitude; et il pourra être contraint à l'imposer, par une sentence qui ordonnera que, faute par lui de l'imposer, la sentence vaudra pour titre de constitution de la servitude; *Molin.*, p. 3, n. 100; sauf à lui son recours ou indemnité contre ses cohéritiers, s'il n'a pas été chargé par le partage de l'acquittement de cette dette.

333. On peut apporter, pour premier exemple du second cas, la dette d'une pareille servitude que le défunt se seroit engagé de faire avoir à quelqu'un sur l'héritage d'un tiers. La chose qui fait l'objet de cette obligation est une chose indivisible, et qui, de sa na :

ture, peut être acquittée séparément par chacun des héritiers du débiteur; car il est possible à chacun d'eux, au moins *naturá*, de s'accommoder avec le propriétaire de l'héritage, sur lequel le défunt a promis à son créancier de lui faire avoir un droit de servitude. Le créancier pourra donc demander ce droit de servitude pour le total à chacun des héritiers du débiteur, puisque ce droit étant indivisible, chacun d'eux est tenu de la dette pour le total. Mais comme cet héritier, quoique débiteur de ce droit de servitude pour le total, n'en est pas néanmoins tenu *totaliter*, et qu'il en est tenu conjointement avec ses cohéritiers, il peut demander délai pour les mettre en cause, afin que lui et ses héritiers conjointement fassent avoir au créancier le droit de servitude qui lui est dû; ou que, faute de le lui faire avoir, ils soient tous condamnés aux dommages et intérêts du créancier: y étant tous condamnés, ils n'en seront tenus que pour leurs parts, parceque cette obligation de dommages et intérêts est divisible.

Que s'il néglige d'appeler ses cohéritiers, et qu'il demeure seul en cause, il sera condamné seul à faire avoir au demandeur le droit de servitude qui lui a été promis par le défunt; et à faute de ce, il sera condamné seul aux dommages et intérêts; sauf son recours contre ses cohéritiers; *Molin.*, p. 2, n. 175: car ayant négligé de les appeler en cause, il doit seul subir la condamnation: il est tenu en ce cas *quasi ex facto proprio*, pour s'être chargé seul de la cause, et *non tantum quasi heres*.

Observez que cette condamnation de dommages et intérêts doit avoir lieu, quand même les héritiers de

celui qui a promis cette servitude seroient près de l'acheter du propriétaire de l'héritage sur lequel le défunt a promis de la faire imposer, et que ce propriétaire ne voudroit pas, à quelque prix que ce fût, l'accorder : car, comme nous l'avons déjà vu ailleurs, il suffit que ce qui a été promis soit en soi possible, quoiqu'il ne soit pas au pouvoir du défunt qui l'a promis, et de ses héritiers, pour que l'obligation soit valable, et donne lieu, par son inexécution, à des dommages et intérêts : celui qui a contracté l'obligation doit s'imputer de s'être fait fort de ce tiers témérement.

Un second exemple, est l'obligation que j'aurois contractée envers quelqu'un de lui faire bâtir un certain édifice sur son terrain. Cette obligation est indivisible ; le créancier peut conclure contre chacun de mes héritiers à ce qu'il soit condamné à faire l'édifice entier. Mais comme chaque héritier, quoique débiteur de toute la construction de l'édifice, n'en est pas néanmoins débiteur solidaire, chacun d'eux a droit de requérir que ses cohéritiers soient mis en cause ; et étant tous en cause, faute par eux de remplir l'obligation, ils seront condamnés aux dommages et intérêts, chacun seulement pour sa part héréditaire.

Au reste, ceux qui étoient prêts à y concourir ne seront pas moins condamnés que ceux qui refuseroient de le faire, sauf leur recours entre eux, parceque chacun d'eux est obligé à construire l'édifice entier, et que c'est une chose que chacun d'eux peut séparément faire.

Si l'un de mes héritiers, assigné pour la construction entière de l'édifice, ne faisoit pas mettre en cause ses cohéritiers, il pourroit être condamné seul aux dom-

mages et intérêts pour le total, en cas d'inexécution de l'obligation : c'est sa faute de n'avoir pas mis en cause ses cohéritiers.

334. Il reste à parler du troisième cas auquel la dette indivisible ne peut être acquittée que conjointement par tous les obligés. On peut apporter pour exemple le cas auquel quelqu'un, par une transaction, s'est obligé envers vous de vous constituer, sur son héritage, un droit de passage pour aller au vôtre, par l'endroit de son héritage qu'il vous indiqueroit. Si cet homme, avant d'avoir accompli cette obligation, est mort, et a laissé plusieurs héritiers entre lesquels cet héritage est commun, l'obligation d'imposer le droit de passage à laquelle ils succèdent, est une obligation indivisible qui ne peut s'acquitter que conjointement par tous lesdits héritiers; un droit de servitude ne pouvant être imposé sur un héritage que par tous ceux qui en sont les propriétaires; *l. 2, ff. de serv. ; l. 18, ff. comm. præd.*

Dans le cas de cette espèce d'obligation, si l'un des héritiers déclare qu'il est prêt, autant qu'il est en lui, à remplir l'obligation, et qu'il ne tienne qu'à l'autre héritier qu'elle soit accomplie, il n'y a que celui qui refuse qui doit être condamné aux dommages et intérêts résultants de l'inexécution; car celui qui offre n'est pas en demeure; *Molin., ibid., p. 3, n. 95.*

S'il y avoit eu une peine stipulée en cas d'inexécution de l'obligation, le coobligé ou le cohéritier qui n'avoit pas été en demeure ne laisseroit pas d'être sujet pour sa part à la peine, par la demeure de l'autre, *non immediatè, sed ejus occasione, et tanquam ex condi-*

tionis eventu, de même que dans les obligations divisibles, sauf son recours contre son coobligé.

335. Observez que la loi 25, §. 10, ff. *fam. erc.*, ne contient rien de contraire à toutes les distinctions que nous avons faites jusqu'à présent : car, comme le remarque Dumoulin, p. 3, n. 99, ce texte ne suppose pas que l'héritier pour partie du débiteur d'une chose indivisible, soit toujours et indistinctement tenu d'en payer l'estimation pour le total, en cas d'inexécution; mais il décide seulement que dans le cas auquel il en seroit tenu, *putà*, lorsqu'il s'est laissé condamner sans appeler ses cohéritiers qui en étoient tenus comme lui, il a contre eux l'action *familiæ erciscundæ*, pour s'en faire faire raison au partage.

§. IV. De l'effet des obligations indivisibles *in non faciendò*.

336. Lorsque quelqu'un s'est obligé envers un autre à ne pas faire quelque chose, si ce qu'il s'est obligé à ne pas faire est quelque chose d'indivisible, *putà*, s'il s'est obligé envers son voisin à ne le point empêcher de passer par ses héritages, la contravention faite par un seul de ses héritiers donne ouverture à l'action du créancier contre tous les héritiers, pour qu'il leur soit fait des défenses, et qu'ils soient condamnés en ses dommages et intérêts, avec cette différence que celui qui a fait la contravention y doit être condamné pour le total, *quid non tenetur tantum tanquam heres, sed tanquam ipse et ex facto proprio*; et que les autres héritiers doivent être condamnés seulement quant à la part pour laquelle ils sont héritiers, et sauf leur re-

cours contre celui qui a fait la contravention, pour qu'il soit tenu à payer à leur décharge, ou à les indemniser s'ils ont été contraints de payer. Ils ne sont pas tenus solidairement comme celui qui a contrevenu, mais seulement pour leur part héréditaire; *quia tenentur tantum ut heredes*. C'est en ce sens que Dumoulin enseigne qu'on doit entendre la loi 2, §. 5; ff. *de verb. oblig. Si stipulatus fuero per te non fieri, neque per heredem tuum, quominus mihi ire agere liceat, et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur et coheredes ejus; sed familiae erciscundæ repetent ab eo quod præstiterint*; Dumoulin, p. 3, n. 168 et seq.

Au reste, vis-à-vis du créancier, ceux qui n'ont point contrevenu sont tenus pour leur part de la contravention de leur cohéritier: et en cela les obligations *in non faciendo* diffèrent des obligations *in faciendo*: car lorsque l'obligation consiste à faire quelque chose d'indivisible, qui ne peut se faire séparément par chacun des deux héritiers du débiteur, mais qui doit être fait par les deux ensemble, et que l'un des deux se présente pour le faire, tandis que l'autre se refuse de concourir, nous avons vu ci-dessus, n. 334, que suivant le sentiment de Dumoulin, le créancier n'avoit point d'action contre celui qui n'étoit point en demeure, mais seulement contre celui qui avoit refusé.

La raison de différence est, que c'est la demeure du débiteur qui donne lieu à l'action dans les obligations *in faciendo*: d'où il suit qu'elle ne peut avoir lieu contre celui qui est prêt *quantum in se est*, remplir l'obligation, et qui n'est point par conséquent en demeure. Au contraire, dans les obligations *in non*

faciendo, c'est le fait même dont le débiteur a promis que lui et ses héritiers s'abstiendroient qui donne lieu à l'action du créancier : c'est pourquoi il suffit que l'un des héritiers du débiteur ait fait cela, pour qu'il y ait lieu à l'action contre tous. On doit supposer que telle a été l'intention des contractants, parceque autrement celui envers qui le débiteur s'est obligé de ne pas faire quelque chose n'auroit pas ses sûretés ; et il arriveroit que souvent, lorsqu'on auroit fait ce qu'il a été stipulé qu'on ne feroit pas, il ne pourroit agir contre personne, faute de savoir qui l'auroit fait, n'étant pas souvent facile, lorsqu'une chose est faite, de savoir par qui elle a été faite, au lieu que dans les obligations qui consistent à faire quelque chose, on ne peut ignorer celui qui est en demeure de le faire, par l'interpellation qui lui est faite.

Dumoulin, *part. 1, n. 27*, donne aux héritiers qui n'ont pas contrevenu, l'exception de discussion, par laquelle ils peuvent obliger le créancier à discuter préalablement à leurs risques celui qui a contrevenu.

CHAPITRE V.

Des obligations pénales.

337. L'OBLIGATION pénale est, comme nous l'avons déjà vu, celle qui naît de la clause d'une convention par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'un premier engagement, s'engage, par forme de peine, à quelque chose, en cas d'inexécution de cet

faciendo, c'est le fait même dont le débiteur a promis que lui et ses héritiers s'abstiendroient qui donne lieu à l'action du créancier : c'est pourquoi il suffit que l'un des héritiers du débiteur ait fait cela, pour qu'il y ait lieu à l'action contre tous. On doit supposer que telle a été l'intention des contractants, parceque autrement celui envers qui le débiteur s'est obligé de ne pas faire quelque chose n'auroit pas ses sûretés ; et il arriveroit que souvent, lorsqu'on auroit fait ce qu'il a été stipulé qu'on ne feroit pas, il ne pourroit agir contre personne, faute de savoir qui l'auroit fait, n'étant pas souvent facile, lorsqu'une chose est faite, de savoir par qui elle a été faite, au lieu que dans les obligations qui consistent à faire quelque chose, on ne peut ignorer celui qui est en demeure de le faire, par l'interpellation qui lui est faite.

Dumoulin, *part. 1*, n. 27, donne aux héritiers qui n'ont pas contrevenu, l'exception de discussion, par laquelle ils peuvent obliger le créancier à discuter préalablement à leurs risques celui qui a contrevenu.

CHAPITRE V.

Des obligations pénales.

337. L'OBLIGATION pénale est, comme nous l'avons déjà vu, celle qui naît de la clause d'une convention par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'un premier engagement, s'engage, par forme de peine, à quelque chose, en cas d'inexécution de cet

engagement. Par exemple, si vous m'avez prêté un cheval pour faire un voyage, que je me suis obligé de vous rendre sain et sauf, et de vous payer cinquante pistoles si je ne vous le rendois pas sain et sauf, cette obligation que je contracte de vous payer cinquante pistoles au cas que je ne vous le rende pas, est une obligation pénale.

Pour traiter cette matière avec ordre, après avoir exposé dans le premier article les principes généraux sur la nature des obligations pénales, nous verrons dans le second, quand il a ouverture à la peine : nous examinerons dans le troisième, si le débiteur peut, en s'acquittant pour partie de son obligation, éviter la peine pour partie : nous discuterons dans le quatrième, si la peine est encourue pour le total, et par tous les héritiers du débiteur, par la contravention de l'un d'eux ; et dans le cinquième, si la contravention faite envers l'un des héritiers du créancier fait encourir la peine pour le total, et envers tous lesdits héritiers.

ARTICLE PREMIER.

De la nature des obligations pénales.

PREMIER PRINCIPE.

338. L'obligation pénale étant, par sa nature, accessoire à une obligation primitive et principale, la nullité de celle-ci entraîne la nullité de l'obligation pénale. La raison est qu'il est de la nature des choses accessoires de ne pouvoir subsister sans la chose principale : *Quum causa principalis non consistit, ne ea*

engagement. Par exemple, si vous m'avez prêté un cheval pour faire un voyage, que je me suis obligé de vous rendre sain et sauf, et de vous payer cinquante pistoles si je ne vous le rendois pas sain et sauf, cette obligation que je contracte de vous payer cinquante pistoles au cas que je ne vous le rende pas, est une obligation pénale.

Pour traiter cette matière avec ordre, après avoir exposé dans le premier article les principes généraux sur la nature des obligations pénales, nous verrons dans le second, quand il a ouverture à la peine : nous examinerons dans le troisième, si le débiteur peut, en s'acquittant pour partie de son obligation, éviter la peine pour partie : nous discuterons dans le quatrième, si la peine est encourue pour le total, et par tous les héritiers du débiteur, par la contravention de l'un d'eux ; et dans le cinquième, si la contravention faite envers l'un des héritiers du créancier fait encourir la peine pour le total, et envers tous lesdits héritiers.

ARTICLE PREMIER.

De la nature des obligations pénales.

PREMIER PRINCIPE.

338. L'obligation pénale étant, par sa nature, accessoire à une obligation primitive et principale, la nullité de celle-ci entraîne la nullité de l'obligation pénale. La raison est qu'il est de la nature des choses accessoires de ne pouvoir subsister sans la chose principale : *Quum causa principalis non consistit, ne ea*

quidem quæ sequuntur locum obtinent; l. 129, §. 1, ff. de regul. jur. D'ailleurs, l'obligation pénale étant l'obligation d'une peine stipulée en cas d'inexécution de l'obligation primitive, si l'obligation primitive n'est pas valable, l'obligation pénale ne peut avoir lieu, parcequ'il ne peut pas y avoir de peine de l'inexécution d'une obligation qui, n'étant pas valable, n'a pu ni dû être exécutée.

La loi 69, ff. *de verb. oblig.* contient un exemple de notre décision : vous m'aviez promis de me donner ou de me représenter un certain esclave que vous ignoriez être mort, et de me payer une certaine somme par forme de peine, en cas que vous manquassiez ou de me le donner, ou de me le représenter. Ulpien décide que l'obligation de la peine n'est pas plus valable que l'obligation principale, qui, étant l'obligation d'une chose impossible, ne peut pas valoir. *Si homo mortuus sisti non potest, nec pœna rei impossibilis committetur, quemadmodum si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, pœnam stipuletur.*

339. Ce principe, que la nullité de l'obligation primitive entraîne celle de l'obligation pénale, reçoit exception dans le cas d'une obligation à l'accomplissement de laquelle celui envers qui elle a été contractée n'a aucun intérêt appréciable; *putà, cum quis alteri stipulatus est.* Nous avons vu ci-dessus n. 54, que cette obligation étoit nulle : néanmoins l'obligation pénale qui y est ajoutée est valable. *Alteri stipulari nemo potest. . . . Planè si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sicut est comprehensum, committatur pœnæ stipulatio etiam ei cujus*

nihil interest, etc. Instit. tit. de inut. stip. §. 18. La raison est que l'obligation principale n'est nulle en ce cas que parceque le débiteur y peut impunément contrevenir, celui envers qui elle a été contractée n'ayant en ce cas aucuns dommages et intérêts à prétendre en cas d'inexécution : l'obligation pénale qui est ajoutée purge ce vice, en empêchant le débiteur d'y pouvoir contrevenir impunément.

Pareillement, quoiqu'on ne puisse pas promettre valablement le fait d'autrui, l'obligation pénale ajoutée à une convention par laquelle quelqu'un a promis le fait d'un tiers est valable, parceque la clause pénale fait voir que celui qui a promis n'avoit pas simplement intention de promettre le fait de ce tiers, mais de se faire fort de ce tiers; et par conséquent il a promis *non de alio, sed de se. Suprà, n. 56.*

Frain, en son Recueil d'arrêt du parlement de Bretagne, en rapporte un du 12 janvier 1621, qui a jugé suivant ce principe. Le parent d'un chanoine qui avoit offensé l'évêque de Saint-Malo avoit promis à l'évêque que le chanoine, pendant quatre mois, ne paroîtroit pas dans la ville, et il s'étoit obligé à payer, en cas de contravention, une somme de 300 liv. Le cas étant arrivé, la convention fut jugée valable, et la peine encourue.

SECOND PRINCIPE.

340. La nullité de l'obligation pénale n'entraîne pas celle de l'obligation primitive. La raison est que l'accessoire ne peut, à la vérité, subsister sans le principal; mais le principal ne dépend pas de l'accessoire, et peut

subsister sans lui. C'est ce que décide la loi 97. ff. *de verb. oblig. Si stipulatus sum te sisti, nisi stiteris, hippocentaurum dari, perinde erit atque si te sisti solum modò stipulatus essem*; et comme dit Paul en la loi 126, §. 3, *dict. tit. Detractâ primâ stipulatione, prior manet utilis.*

TROISIÈME PRINCIPE.

341. L'obligation pénale a pour fin d'assurer l'exécution de l'obligation principale.

De là on doit conclure que la vue des contractants n'a été ni d'éteindre ni de résoudre par l'obligation pénale l'obligation principale, ni de la fondre dans l'obligation pénale; *l. 122, §. 2. ff. de verb. oblig.*

C'est pourquoi, quoiqu'il y ait eu ouverture à l'obligation pénale par la demeure en laquelle a été le débiteur d'exécuter l'obligation principale, le créancier peut, au lieu de demander la peine stipulée, poursuivre l'exécution de l'obligation principale; *l. 28, ff. de act. empt.; l. 122, §. 2, ff. de verb. oblig. et passim.*

C'est pourquoi, lorsqu'en stipulant une certaine somme, en cas d'inexécution d'une première obligation, l'intention des parties a été que dans ce cas, aussitôt que le débiteur auroit été mis en demeure de satisfaire à la première obligation, il ne fût plus dû autre chose que la somme convenue, une telle stipulation n'est pas une stipulation pénale; l'obligation qui en résulte n'est pas une obligation pénale, mais une obligation aussi principale qu'étoit la première, dont les parties ont eu intention de faire novation: c'est de cette espèce qu'il est parlé dans la loi 44, §. *fin.* ff. *de obl. et act.*

Sur la question de savoir quand on doit estimer que

les parties ont eu cette intention de faire novation, voyez ce qui en est dit *infra*, *part. 3, ch. 2, art. 4, §. 2.*

QUATRIÈME PRINCIPE.

342. Cette peine est stipulée dans l'intention de dédommager le créancier de l'inexécution de l'obligation principale : elle est par conséquent compensatoire des dommages et intérêts qu'il souffre de l'inexécution de l'obligation principale.

Il suit de là qu'il doit en ce cas choisir, ou de poursuivre l'exécution de l'obligation principale, ou la peine ; qu'il doit se contenter de l'une ou de l'autre, et qu'il ne peut pas exiger les deux.

Néanmoins, comme l'obligation pénale ne peut donner aucune atteinte à l'obligation principale ; si la peine que le créancier a perçue pour l'inexécution de l'obligation principale ne le dédommageoit pas suffisamment, il ne laisseroit pas, quoiqu'il ait perçu cette peine, de pouvoir demander les dommages et intérêts résultants de l'inexécution de l'obligation principale, en imputant et tenant compte sur lesdits dommages et intérêts, de la peine qu'il a déjà perçue : c'est la décision des lois 28, ff. *de act. empt.* ; 41 et 42, ff. *pro socio.*

Au reste, le juge ne doit pas être facile à écouter le créancier qui prétend que la peine qu'il a perçue ne le dédommage pas suffisamment de l'inexécution de la convention : car les parties ayant, par la fixation de la peine, réglé et fixé elles-mêmes les dommages et intérêts qui résulteroient de l'inexécution de la convention, le créancier, en demandant de plus gros dom-

mages et intérêts, semble revenir contre une estimation qu'il a faite lui-même ; en quoi il ne paroît pas recevable, à moins qu'il n'ait la preuve à la main, que le dommage par lui souffert excède la peine convenue, comme dans cette espèce : Si un marchand m'a prêté sa voiture, à la charge que je la lui rendrais un certain jour auquel il en auroit besoin pour mener ses marchandises à une certaine foire, à peine de 30 livres, faute de la lui rendre au jour indiqué ; ce marchand à qui j'ai promis de la rendre, peut ne se pas contenter de cette somme de 30 livres, s'il a la preuve à la main qu'il a été obligé d'en louer une pour 50 livres, et que le prix commun des voitures pour aller à cette foire étoit de la somme de 50 livres dans le temps auquel je devois lui rendre la sienne.

343. De même que la clause pénale n'ôte point à celui qui a stipulé la peine l'action qui naît de l'engagement principal, de même elle ne lui ôte point non plus les exceptions et fins de non-recevoir qui en pourroient résulter.

Par exemple, si je suis convenu avec un mineur devenu majeur, qu'il ne reviendrait point contre la vente d'un héritage qu'il m'a faite en minorité, et que j'aie stipulé de lui par forme de peine une certaine somme, au cas qu'il contrevînt à la convention ; s'il vient par la suite à m'assigner en entérinement de lettres de rescision contre cette aliénation, la clause pénale insérée dans notre traité n'empêchera pas que je ne puisse opposer contre sa demande la fin de non-recevoir qui résulte de l'engagement principal qu'il a contracté dans notre traité, de ne point revenir contre

cette aliénation. Mais comme celui qui a stipulé la peine ne peut pas percevoir et la peine et ce qui est renfermé dans l'engagement principal ; si j'use de la fin de non-recevoir, et que je la fasse déclarer non-recevable, je ne pourrai plus exiger de lui la peine que j'ai stipulée ; et *vice versâ*, si j'ai exigé de lui la peine, je ne pourrai pas user de la fin de non-recevoir. C'est ce qui résulte de la loi 10, §. 1, ff. *de pact.*

La décision de cette loi n'a rien de contraire à celle de la loi 122, §. 6, ff. *de verb. oblig.*, rapportée *infra* en l'article suivant, n. 348. Lorsque j'ai eu convention, sous une certaine peine, avec vous devenu majeur, que vous ne reviendriez pas contre la vente d'un héritage que vous m'aviez faite en minorité, l'objet de cette convention est de me procurer la libération d'une action rescisoire que vous aviez effectivement contre moi : c'est pourquoi, lorsqu'en vous opposant la fin de non-recevoir qui résulte de cette convention, et en vous faisant en conséquence déclarer non-recevable dans votre action, je me suis procuré la libération de cette action, je ne puis plus vous demander la peine ; autrement j'aurois tout-à-la-fois et la chose et la peine, ce qui ne peut pas être. Telle est l'espèce de la loi 10, §. 1, ff. *de pact.* que nous venons de rapporter : celle de la loi 122, qui nous est opposée, est très différente. Après un partage qui est par lui-même valable, et non sujet à aucune action rescisoire, dans la crainte d'essuyer un procès, quoique mal fondé, nous sommes convenus, sous une certaine peine, de ne pas revenir contre. L'objet de cette convention n'est pas, comme dans l'espèce précédente, de me procurer la libération

de quelque action rescisoire que vous eussiez contre ce partage, puisque vous n'en aviez aucune; le seul objet de cette convention est de ne pas essuyer un procès: c'est pourquoi, si vous m'en avez fait un, quoique j'aie obtenu le congé de votre demande, il y aura lieu à la peine; car la seule chose qui faisoit l'objet de notre convention, étant de ne pas essuyer un procès, quoique mal fondé, m'en ayant fait essuyer un, il est vrai de dire que vous m'avez privé de ce qui faisoit l'objet de notre convention, d'où il suit qu'il y a lieu à la peine.

344. Notre règle, que le créancier ne peut avoir tout à-la-fois le principal et la peine, souffre exception, non seulement lorsqu'il est dit expressément dans la clause pénale, que faute par le débiteur d'accomplir son obligation dans un certain temps, la peine sera encourue et due, sans préjudice de l'obligation principale; ce qui s'exprimoit par ces termes, *rato manente pacto*; l. 16, ff. *de trans.*; mais même toutes les fois qu'il paroît que la peine est stipulée pour réparation de ce que le créancier doit souffrir, non de l'inexécution absolue de l'obligation, mais du simple retard dans l'exécution de l'obligation; car en ce cas le créancier qui a souffert du retard, peut recevoir le principal et la peine.

CINQUIÈME PRINCIPE.

345. La peine stipulée en cas d'inexécution d'une obligation, peut, lorsqu'elle est excessive, être réduite et modérée par le juge.

Ce principe est tiré d'une décision de Dumoulin, *Traité des Oblig.* T. I.

en son traité *De eo quod interest*, n. 159 et seq. Il le fonde sur ce que la nature de la peine est de tenir lieu des dommages et intérêts qui pourroient être prétendus par le créancier, en cas d'inexécution de l'obligation. Donc, dit-il, de même que lorsque le créancier fait monter à une somme excessive les dommages et intérêts qu'il prétend souffrir de l'inexécution de l'obligation, le juge doit la réduire; et que la loi unique, *Cod. de sent. quæ pro eo quod interest prof.* ne permet pas qu'elle excède le double de la valeur de la chose qui a fait l'objet de l'obligation primitive; de même lorsque la peine stipulée au lieu de dommages et intérêts, est excessive, elle doit être réduite: car cette peine peut bien, à la vérité, excéder la somme à laquelle montent les dommages et intérêts, et être même due dans le cas auquel le créancier n'en souffriroit aucuns, parcequ'elle est stipulée pour éviter la discussion du fait, si le créancier a souffert effectivement, et à combien monte ce qu'il a souffert; mais tenant lieu des dommages et intérêts du créancier, il est contre sa nature qu'elle puisse être portée au-delà des bornes que la loi prescrit aux dommages et intérêts. Si la loi ci-dessus citée les restreint, et ne permet pas qu'ils soient prétendus *ultrà duplum*, même dans le cas auquel l'inexécution du contrat auroit effectivement causé une plus grande perte au créancier, qui par ce moyen se trouve *versari in damno*, à plus forte raison on doit modérer la peine excessive à laquelle le débiteur s'est témérairement soumis, lorsque le créancier n'a pas souffert de perte, ou qu'il n'en a souffert qu'une beaucoup au-dessous de la peine stipulée, et par con-